I. rom. m. 468 df Seitz

<36634158580016 S

<36634158580016

Bayer. Staatsbibliothek

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Grundlagen

einer

Geschichte der röm. possessio.

Die Rechtsverschiedenheit im antiken Rom und die Entfaltung des doppelten römischen Eigentumes: possessio neben dominium, aus den verschiedenen positiven Rechtssystemen vor Justinian.

Von

Karl Joseph Seitz.

Erlangen,

Verlag von Andreas Deichert.

1884.

Alle Rechte vorbehalten.

Druck von E. Th. Jacob in Erlangen.

Vorwort.

Hiemit übergibt der Verfasser der Jurisprudenz der Gegenwart ein letztes Glied eines grösseren Cyklus seiner Versuche von praktischen Reformstudien, welche seit ihrem Beginne vom J. 1860 sich in ihrer Reihenfolge einer völlig unbefangenen Forschung geradezu aufzudrängen schienen. Auf deren äussere Veranlassung ebendeshalb hier kurz einen übersichtlichen Rückblick. —

Vor allem galt es damals bei Beginne dieser Studien noch, in der **Gesetzgebungsfrage** die Principien der herrschenden älteren historischen Rechtsschule Hugo's und Savigny's endlich einmal zugleich auch von einem „wirklich geschichtlichen" Standpunkte aus nach ihrer inneren Berechtigung zu prüfen, insoweit diese Principien bekanntlich zu eben jener Zeit in einem regen wissenschaftlichen Streite noch immer der nationalen Civilgesetzgebung Deutschlands in den Weg zu treten schienen. — [Der Verf. hat dies zu jener Zeit wiederholt [a]) versucht, am bestimmtesten in seinem Flugschriftchen: „Das praktische Bedürfnis der Rechtsreform gegenüber der (älteren) historischen Schule, Erlangen 1865"; z. B. S. 63—79, S. 66, 119 ff.] — Galt es ja doch damals, zu diesem Behufe neuerlich prinzipiell zu betonen, wie doch alles Recht auch geschichtlich: „Bewegung", nicht selten selbst „Aenderung" und zum Teil auch positives Fortschreiten — nach Ort und Zeit, nach äusseren Verhältnissen wie nach inneren Ueberzeugungen — ist. Es galt so zu fragen: gestattet denn eben dieser, „rastlos sich bewegende" Fluss der positiven Geschichte wirklich ein für allemal jenen „Stillstand" bei einem, nicht selten für andere thatsächliche Verhältnisse wie Ueberzeugungen „fixierten" antiken, rein römischen wie sonstigen überlieferten Rechte Savigny's, überdies bei der, unsren Rechtsverkehr doch wohl völlig grundlos hemmenden, particularrechtlichen Zerrissenheit Deutschlands, welche die ältere Schule damals mit deren Leugnung unsres Berufes zur Civilgesetzgebung notwendig noch immer befürwortete? — Die Erreichung dieses einen, bisher erwähnten Endzieles ist seitdem von einer Vertretung mittels Worten unabhängig geworden. —

Abgesehen von der Gesetzgebungsfrage bedurften indessen dieselben

---

a) Vgl. unten §. 1 Note 42 etc.

Principien der älteren Schule damals nicht minder unumgänglich einer sachlichen Prüfung noch auf einem andern, verwandten Gebiete: auch auf dem Gebiete der Darstellung des unmittelbar praktisch anwendbaren und strenge **positiven Dogma**; — und die damit aufgeworfenen Fragen dürften noch heutzutage wie für alle Folgezeit für die Wahrheit unserer pos. Rechtsdarstellung von dauerndem Werte sein. —

Diese Fragen sollten dazu beitragen, der seit der 2. Hälfte unsres Jahrhunderts in Wirklichkeit bestehenden neueren historischen Richtung, welche zugleich die praktische ist, im allgemeinen eine streng positive, principielle Begründung zu sichern und im einzelnen Schritt für Schritt, soweit Zeit und Umstände dies gestatteten, die bisherige, zum Teil unpositive Geschichte durch eine positiv lebende Geschichte des Rechtes der Gegenwart zu ersetzen. — Auch in dem Dogma nämlich hatten damals die grossen und zum grossen Teile berechtigten Neuerer, die Meister, welche die Geschichte als positive Grundlage des Rechts in der That theoretisch neu entdeckten und zu verwirklichen strebten, ein Hugo u. Savigny wie die ältere historische Schule überhaupt, seit dem Beginne unsres Jahrhunderts zu einer zweifellos neuen Rechtsdarstellung geführt. Zu diesem Zwecke durchbrachen sie die damals positiv gegebene Tradition einer lebenden, nationalen und internationalen Geschichte unsres Vaterlandes mittels antiker römischer und sonstig abweichender geschichtlicher Produkte. Diese neue Rechtsdarstellung nun erzeigte sich, trotz der abstrakt wohl berechtigten theoretischen Grundlage der Geschichte, doch in der concreten, praktischen Anwendung in manchen, nicht seltenen Fällen der Praxis als ein antiquarisches, deshalb nicht mehr positiv anwendbares Recht; und auf diese Weise entstand in der ersten Hälfte unsres Jahrhunderts jene allbekannte, unheilvolle Spaltung zwischen „Theorie und Praxis“: zwischen „Lehre und Anwendung“ oder Wirklichkeit eines und desselben pos. Rechtes. — Dass diese Spaltung damals in der That bestand, dass die beiderseits wissenschaftlich begründbaren Gegensätze damals geradezu zu „verschiedenen“ materiellen, positiven „Resultaten“ geführt hatten, ist noch heutzutage für jeden, der es will, klar und leicht ersichtlich, wenn wir nur die Resultate der herrschenden Theorie aus der 1. Hälfte unsres Jahrhunderts, (einschliesslich des „Systemes des heut. röm. Rechtes“ Savigny's selbst) mit den Resultaten unsrer Praxis seit Johann Adam Seuffert's Archive bis herab zu den jüngsten Entscheidungen des deutschen Reichsgerichtes zusammenhalten und deren beiderseitige, nicht selten widersprechende Principien wie Detailentscheidungen sich vergleichend gegenüberstellen; zudem ist ja diese Spaltung auch längst von dem Meister Savigny selbst — auf dem Höhepunkte seines Wirkens — als bestehend anerkannt und als das „Hauptübel unsres Rechtszustandes“ beklagt worden, (Sav. Syst. Bd. I Einl. S. XXV); so wird deren damaliges Dasein jetzt wohl als erwiesen und anerkannt vorausgesetzt werden dürfen. —

Der innere Entstehungsgrund dieser damaligen, gleich folgenreichen wie beklagenswerten und noch immer nicht völlig erklärten

Spaltung zwischen Theorie und Praxis dürfte sich nichtsdestoweniger hier jetzt wohl kurz, völlig sachlich und unparteiisch, zugleich aber auch völlig einfach skizzieren und aufklären lassen. — Diese ältere historische Schule Savigny's wollte nebenbei doch vor allem im Grunde selbst nur eine „Praxis“, d. i. eine Lehre, welche ein bestimmtes einzelnes positives Rechtsleben in unmittelbarer und positiver Weise schildert und spiegelt, nämlich eine röm. Praxis, als vorwiegende Norm der Rechtsfindung und Rechtsanwendung beachtet wissen: jene hochvollendeten „Präjudicien“ einer röm. Praxis, welche als Ausflüsse eines röm. jus respondendi und einer unmittelbaren Kaisergerichtsbarkeit sich in Justininans Digesten und Codex gesetzlich fixiert und überliefert vorfinden. Warum aber dachte sich da diese Schule jetzt umgekehrt ihre Rechtslehre, z. B. das in Savigny's Systeme des heut. röm. Rechts verzeichnete, überlieferte röm., canonische und ältere d. Reichsrecht, als etwas ohne Rücksicht auf ein heutiges positives Rechtsleben positiv gegebenes und anwendbares? Sie dachte sich damit jetzt ein, ein früheres positives Rechtsleben spiegelndes und aus ihm resultierendes Recht nichtsdestoweniger umgekehrt dem heutigen positiven Leben gegenüber selbständig massgebend und gebietend, nimmermehr die Rechtslehre ausschliesslich für dies positive Rechtsleben geschaffen und umgekehrt als positiver Spiegel durch dieses bedingt — Dabei wiegte sich diese ältere Schule allerdings zweifellos in einem guten Glauben; sie wähnte eben, dieses von ihr gelehrte, zweifellos auch gesetzlich sanktionierte „historische“ Recht sei eine allein „positive Geschichte“; auch die Praxis könne ebendeshalb nur dazu vorhanden sein, dies von ihr, der Theorie, so theoretisch gezeigte und allein positive, gesetzliche Recht anzuwenden; jeder Abweichung hievon müsse als einer falschen, unpositiven Rechtsanwendung mit allen Mitteln entgegengetreten werden. Anscheinend wenigstens ganz consequent war es unter diesen Umständen, dass die Organe der damals in der Theorie herrschenden älteren historischen Schule allen Ernstes und mehr oder weniger direkt rein praktische Arbeiten (der heutigen positiven Geschichte), — welche freilich nicht selten ganz andere positive Resultate hätten zeigen müssen — von ihren Spalten geradezu ausschlossen b).

Was war es nun aber, worin die Praxis von der Theorie von damals, (selbst da, wo dieselbe sich nicht etwa auf dem falschen Boden des Naturrechts bewegte), dennoch — äusserlich sichtbar — materiell und positiv abwich, und was so die Spaltung zwischen dieser Praxis und Savigny's Theorie ergeben musste? Diese Darlegung eben dürfte jetzt eine einfache sein. — Sehr wahr ist es allerdings, dass unsre Praxis an sich „niemals eine selbständige Rechtsquelle“ ist. Sie ist selbst

---

b) Hugo civilistisches Magazin, Bd. I, Nr. 1: „solche Lehren haben um so grösseres wissenschaftliches Interesse, welche kein praktiches haben“. — Savigny Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissenschaft, Bd. I, 1815 S. 12: „Aufsätze von bloss praktischer Beziehung sind ausgeschlossen.“

— nichts, als: eine blosse Rechtsanwendung, d. i. — eine Anwendung der Ausflüsse der allein positiven Rechtsquellen, also: des Gesetzes, der Gewohnheit etc.: derselben, welche ja auch unsre positive Theorie zu lehren hätte. Nur soweit sie diese allein positiven Rechtsquellen richtig anwendet, ist sie selbst berechtigt und positiv: ganz wie unsre Theorie. Aber unsre gemeinrechtliche Praxis unterschied sich nichtsdestoweniger zum Teil schon damals, wie noch heutzutage die Rechtsprechung des d. Reichsgerichts (vgl. jedoch auch unten §. 14), darin von der damaligen Theorie Savigny's, dass sie eben, neben dem, von Savigny allein gelehrten, vorwiegend gesetzlichen und überlieferten Rechte, ein reiches Feld überlieferten wie z. Teil völlig modernen gemeinrechtlichen „Gewohnheitsrechtes“ in sich barg; das Dasein solchen Gew. Rechts wird innerhalb des gem. Rechts (vgl. unten §. 1 N. 39) neuerdings immer allseitiger erkannt, und dürfte sich u. a. beispielsweise vielleicht eben auch hier wieder, in der Geschichte des heutigen Besitzrechtes §. 4, in überraschender Weise als massgebend zeigen: An die positiven Satzungen dieses in der Gegenwart fortlebenden Gewohnheitsrechtes aber des gem. Rechtes überhaupt verblieb selbstverständlich die gemeinrechtliche Praxis nach wie vor und auch dann noch gebunden, als — die herrschende Theorie Savigny's dasselbe nicht mehr beachtete. — Damit war nun aber unbewusst und von selbst jene wirkliche, vielbeklagte Kluft zwischen Theorie und Praxis gegeben, welche zu verschiedenen positiven Resultaten führen musste; und damit dürfte anderseits auch der innere Grund, die Naturnotwendigkeit der Entstehung dieser Kluft vielleicht flüchtig, in einfacher und fast harmloser Weise skizziert sein: der praktische und positive Fehler der Schule Savigny's war eben einfach schon, dass sie unser positives, nationales und heutzutage vielfach selbst internationales „Gewohnheitsrecht“ des heut. gem. Rechtes nicht beachtete, und die Verschiedenheit von Savigny's Theorie und der Praxis lässt sich auf diese Weise wohl mathematisch nachweisen, so sicher etwa, wie der Satz, dass a allein verschieden sein müsse von a + b. — Dadurch nun eben, dass Savignys Theorie — u. a. in dessen Systeme — im wesentlichen nur ein Resultat a: nur die positive (rein römische, canonische und ältere Reichs-) Gesetzgebung allein, die Praxis dagegen die Resultate a und b: nämlich neben ganz derselben Gesetzgebung überdies ein lebendes positives Gewohnheitsrecht anwendete, musste wohl Savigny's Theorie, soweit sie dies positive Gewohnheitsrecht nicht beachtete, eine in der That zum Teil falsche Geschichte unsres heut. gem. Rechts — denn auch das geltende Gewohnheitsrecht ist ja positive Geschichte — und damit zum Teil falsches positives Recht bieten.

Ist aber so die Grundursache der damals, noch um 1860 so mächtigen und folgenreichen Spaltung unsres einheitlichen Rechtsorganismus seit Hugo, Thibaut u. a.: in eine unter sich „verschiedene Lehre und eine verschiedene Anwendung oder Wirklichkeit“ in so überaus einfacher Weise erklärbar, so mussten sich nicht minder einfach, ja spielend, wie der Grund,

so auch die Mittel zur Abhülfe der Krankheitserscheinung schon äusserlich zeigen. Mit der Einsicht in deren Grund allein schon müssen sich derartige Krankheitserscheinungen von selbst heben; es bedurfte somit damals, um sie zu heben, nichts, als: deren „Entstehungsgrund zu enthüllen.“ In dieser Weise versuchte denn auch damals der Verfasser zuerst in seinem, bereits oben zu Note a erwähnten Flugschriftchen: „das praktische Bedürfnis der Rechtsreform gegenüber der (älteren) historischen Schule, Erlangen 1865, diese Enthüllung der Entsehungsgründe der Krankheit unsrer Rechtsdarstellung und damit des Weges zur Abhilfe. In der That wurden die damals, vom Verf. begründeten Ideen und Thatsachen von manchem Juristen mit bedeutenderem Namen aufgenommen, geübt und damit stillschweigend anerkannt, (vgl. u. a. unten Note e, wenn auch von letzteren des Schriftchens des Verf. nie gedacht wurde); und so vollzog sich denn seitdem in der That durch deren vermittelnde Mitwirkung diese Heilung und Ausgleichung zwischen Theorie und Praxis in der öffentlichen Meinung ganz unvermerkt und rasch, wie von selbst.

Durch ihr sachliches Gewicht, durch ihre Notwendigkeit schon mussten allerdings die praktischen Principien des, vom Verfasser vertretenen Rechtes der Gegenwart in unsrer heutigen Jurisprudenz allmählig von selbst massgebend werden. Damit aber freilich damals diese Genesung unvermerkt, rascher und selbstbewusster sich von selbst vollziehen oder wenigstens beginnen konnte, bedurfte es wohl allerdings zuvor eines offenen Darlegens, eines sachlichen Aufdeckens dieser Krankheitsursachen, sowie des Einwirkens auf die öffentliche Ueberzeugung durch das stillschweigende, thatsächliche Mitwirken hochverehrter Juristen. Diese Enthüllung wenigstens, zugleich aber auch die positive Begründung und Rechtfertigung des, ein positives Vorbild zur Nachahmung bietenden positiven, principiellen Gegensatzes unsrer Praxis zur damaligen Theorie, der Nachweis, warum unsre Praxis bisher positiv mit Recht vielfach anders entscheiden musste, als Savigny's Theorie, wie solcher in dem obenerwähnten Schriftchen des Verf. (das prakt. Bed. der Rechtsreform) versucht wurde, war da wohl gewiss kein Verbrechen, wie es, — wir werden uns alsbald überzeugen, — von einem einzelnen hochachtbaren Träger der Theorie noch heute aufgefasst zu werden scheint, sondern er musste sich demzufolge damals wohl jedem, sich der „Sache“ hingebenden, denkenden Juristen geradezu aufdrängen, welcher durch zufällige Vergleichung der Lage von Theorie und Praxis von damals gerade nach beiden Seiten hin Einblick in den Grund der Spaltung erlangt und ein Herz hatte für die Wahrheit, das Gedeihen, ja die Berechtigung und Grösse unsrer vaterländischen Rechtsdarstellung.

Auf dem beschriebenen Wege musste dies Ziel der Einheit von Theorie und Praxis aber nicht bloss völlig positiv, sondern auch auf beiden Seiten schon mittels formaler Regeln erreichbar sein. Wir alle, auch Savigny's ältere Schule, erkennen ja die positive Gleichberechtigung des, von letzterer vernachlässigten Gewohnheitsrechtes neben der, von letzterer fast ausschliesslich angewandten Gesetzgebung zweifellos an. Unsre Praxis

war ferner bereits Savigny's neuer, historischer Theorie längst, soweit ihr möglich, selbst entgegengekommen; sie hatte den Boden des früheren Naturrechts mit Grund verlassen und war seitdem selbst „geschichlich“ geworden.

Woran mangelte es somit jetzt noch? Sollte die Praxis jetzt noch weiter gehen können, nun selbst auch noch ihr geschichtliches, anerkannt positives Gewohnheitsrecht verkennen, einfach, weil Savigny es ignorierte, und sollte sie dafür dessen gerade insoweit (und eben hiedurch) längst beseitigtes, römisches und sonstiges antiquarisches Recht eintauschen? Wäre dies je ausführbar gewesen, so hätte unsre Praxis damit wohl einen wirklich positiven Boden verlassen! Somit blieb damals einzig noch übrig, unsre „Theorie“ zu überzeugen und sie für den Weg der Einheit zwischen positiver Lehre und Wirklichkeit zu gewinnen; es galt, vor ihr den mächtigen Gegensatz von positiv „lebender“ Geschichte, (wie z. B. hier im Besitze), gegenüber einer antiken, mittelalterlichen und sonst vergangenen Geschichte, soweit diese nicht mehr zugleich die lebende ist, zum Bewusstsein zu bringen, es galt, die Principien der, damals alleinherrschenden, leitenden Theorie Savigny's nun auch innerlich soweit einem principiellen, sachlichen und praktischen Studium zu unterziehen, dass ihr, zufolge dieses für richtig zu befindenden und das ungemessene Gebiet der Geschichte positiv „beschränkenden“ Principes schon eine Abweichung von dem allein positiven, lebenden Rechte auf bisherige antiquarisch-romantische Gebiete nicht mehr in gleicher Weise ermöglicht werden konnte; es galt so, principiell zu zeigen, wie unser Recht in seiner entscheidenden, positiven Entwicklungsphase verlässig nicht schon aus jener, heutzutage oft nur mehr vermeintlich positiven Geschichte eines vermeintlichen „rein römischen“ etc. Rechtes Savigny's allein, sondern verlässig nur aus den Ausflüssen aller positiven Rechtsquellen der jeweiligen „Gegenwart“, namentl. aus Gesetz und lebender Gewohnheit zugleich positiv erkannt werden könne. Positives = geltendes Recht ist ja doch nur, was in der Gegenwart gilt, nimmermehr, was schon gegolten hat.

So war demzufolge das concrete, praktisch angewandte, „geschichliche“ Princip der Rechtsdarstellung innerhalb der sich „bewegenden“ Geschichte principiell nicht mehr mit Savigny als Darstellung eines, mehr oder weniger vergangenen, sondern allein als Darstellung eines „lebenden“ Rechtes zu erfassen und insoweit zu beschränken, und es musste so, praktisch angewandt, nur diese „lebende Geschichte“ selbst oder das „Recht der Gegenwart“: das, was heutzutage aus positiven Gründen geschieht, allein sowohl als heutzutage positiv gegebene Geschichte wie als entscheidende principielle Grundlage unsres positiven Rechts bezeichnet werden, soweit die Basis unsres heutigen Rechtes von dem vergangenen abweicht; vgl. meine Rechtsreform 1865, bes. S. 118 ff. Wie somit schon früher bemerkt: die praktische, wirklich pos. Basis der Geschichte, welche sich auch schon in der bisherigen Praxis als die principiell entscheidende erwiesen hatte, hat sich jetzt mathematisch zu der von Savigny praktisch angewandten Geschichte zu verhalten wie: „ein Teil zum unbegrenzten Ganzen der Geschichte“; — nämlich, wie der, principiell auf

die jeweilige positiv lebende Gegenwart basierte und „beschränkte", wirklich positive Teil der ganzen Geschichte zu diesem von Savigny angewandten, gegenüber der Vergangenheit nicht principiell begrenzten „ganzen Geschichte." In dieser Weise war das zu allgemeine positive „Prinzip" Savigny's der „Geschichte im allgemeinen" auf das Recht der Gegenwart zu „beschränken", und so war demzufolge auch die Methode der älteren historischen Schule geradezu umzukehren; nicht unbedingt schon Savigny's Frage nach der Entstehung eines Rechts, (diese Vergangenheit, das „reine röm." Recht etc. als solches), sondern umgekehrt einzig der jüngste Moment des Bestehens oder der Geltung des Rechtes in der Gegenwart, ist der allein positiv entscheidende Grund der positiven Geschichte. — Selbstverständlich ist hiebei freilich, dass durch diese Präcisierung der bisherigen ungemessenen Basis der positiven Geschichte auf die bestimmtere Basis der Gegenwart der Pflege und dem Verständnisse des „Ganzen der Geschichte", auch der „überlieferten Geschichte", aus welcher sich ja unsre positive Gegenwart grösstenteils erst organisch entwickelt hat, und ohne welche deshalb unsre Gegenwart nie vollständig zu verstehen sein wird, als einer unentbehrlichen Lehrmeisterin der positiven Gegenwart nach wie vor niemals der mindeste Eintrag gethan werden sollte! — Das somit war die alleinige, völlig sachliche Tendenz der damaligen Studien.

Dieses Recht der Gegenwart, dessen Betonung damals somit gegenüber der vorhandenen Spaltung von Theorie und Wirklichkeit wohl unzweifelhaftes Bedürfnis war, ist jetzt mehr und mehr in positiver Uebung und so als berechtigt anerkannt. Dasselbe trat in dieser Weise ferner einer wirklich positiven Geschichte niemals feindlich gegenüber; vielmehr war dasselbe wohl ganz im Gegenteile dazu bestimmt, diese erst völlig an das Licht zu ziehen; dies zudem damals, zu einer Zeit, in welcher bereits treffliche Juristen an der Berechtigung einer geschichtlichen Basis überhaupt — in Folge der antiquarisch-romantischen Auswüchse der älteren histor. Schule — zu verzweifeln begannen. — Zudem vollzog sich dieser mein Versöhnungsversuch zwischen damaliger Theorie und Praxis wohl völlig unparteiisch nicht nur zwischen den beiden letzteren, sondern auch gegenüber den vielen, jetzt noch berechtigten Wahrheiten des überlieferten römischen Rechts. Glaubt der Verf. ja doch z. B. nie geleugnet zu haben, dass auch die Praxis und die positive Wirklichkeit unsrer Rechtsquellen nicht immer und unbedingt identisch, sondern möglicherweise zu unterscheiden sind, m. a. W. dass zweifellos hie und da ja auch Urteile der Praxis falsch urteilen können, ganz wie die Theorie; dass beispielsweise die Praxis seit diesem Jahrhunderte gleichfalls, wie unsre Theorie, von Savigny irregeführt, ihr bis in das vorübergehende Jahrhundert mit der Theorie gemeinsam bewahrtes Gewohnheitsrecht des Besitzes verkannt, dasselbe auf das antiquarische Gebiet der vermeintlichen röm. possessio eingeschränkt, dem Pächter, Mieter, Gemeindegenossen an unverteilten Gemeindegründen etc. sein bisheriges, ihm positiv noch jetzt gebührendes Besitzrecht entzogen hat; während der Verf. anderseits wirklich berechtigte

Wahrheiten des röm. Rechts, (z. B. der wirklichen röm. possessio, dieses zugleich „relativen Eigentumes“ oder besseren Rechtes, ferner etwa, der wirklichen röm. negatoria und confessoria, dieses blossen negativen und positiven Anspruchs, dieser Eigenschaft oder dieses Adjektivums fast jeder Klage etc), als jetzt noch von uns „in Theorie wie Praxis zu recipierende“ Wahrheiten dieses antiken röm. Rechtes zu bezeichnen, zu rühmen und als praktisches Bedürfnis zu empfehlen versucht hat. —

Die damaligen Principienstudien indessen waren für die Sache selbstverständlich überhaupt nur dann von Wert, wenn sich dieselben uns in der Anwendung im „einzelnen“ bewähren und da zu praktischen Resultaten führen Um dies zu erproben, um die, vom Verf. schon seit 1865 anempfohlene direkte „Spiegelung“ unsres Rechtes nach den positiven Wirklichkeiten unsrer „Gegenwart auf Grundlage der heutigen Rechtsquellen“ concret zu versuchen, galt es daher zugleich, deren Ausführbarkeit an **einzelnen**, concreten Instituten zu erproben; namentlich an der Musterlehre der älteren Schule vom **Besitze**. Auch die Mühen dieses, allein schon eine Hingebung während eines Menschenalters erfordernden, speciellen Versuches für die nationale Rechtsentwicklung unsres Vaterlandes noch auf sich zu nehmen, hat der Verf. nicht gezögert. Da war vor allem der mächtige Gegensatz von lebender und antiker Geschichte uns concret zum Bewusstsein zu bringen. Da war in der That im einzelnen das, von Savigny — von einem principiellen Irrtume aus — identificierte und vermischte Recht der „Vergangenheit“ von dem positiven und „geschichtlichen Rechte der Gegenwart“ praktisch zu trennen und jedes an die ihm gebührende Stelle zu setzen. Da war ja in der That zu zeigen, wie dies, mit uns geborne positive Recht der Gegenwart geschichtlich wirklich lebt, und wie es sich anderseits hier nur unter täuschenden und falschen Hüllen der Vergangenheit fortvererbte. Da galt es überdies diese positive Wirklichkeit, die lebende positive Geschichte, aus zum Teil antiquarisch-utopischen, zum Teil modernen, aber ungeschichtlichen Construktionen wie Philosophemen, von welchen auch ein Sav. nicht ganz frei war, wieder auf reinen, positiv-geschichtlichen Boden zurückzuführen: die röm. possessio auf die Wirklichkeiten der antiken, das heutige Besitzrecht auf die Wirklichkeiten seiner überlieferten wie lebenden, Geschichte. Das Märchen der antiken possessio insbesondere dürfte sich uns auf diesem Wege bis in seinen letzten Schlupfwinkel, bis in die antike Geschichte verfolgen und endlich insoweit enträtseln lassen, dass kaum ein einziger Zweifel erübrigen dürfte, welcher, wenn aufgeworfen, sich nicht widerlegen liesse. Möge auf diese Weise das für uns nun etwa 1000jährige Rätsel der röm. possessio endlich seiner Entdeckung entgegengehen!

Zu diesen Unternehmungen mussten uns aber ferner nicht bloss geschichtliche wie wissenschaftliche überhaupt, sondern vor allem auch praktische Bedürfnisse drängen. — Praktisch dürfte ja beispielsweise vor allem in der Eigentumslehre das Eigentum — auch die possessio — von der wissenschaftlich gleich irrtümlichen, wie praktisch wertlosen, ja vielfach unmöglichen, Verknüpfung mit dem, ihm frem-

den Besitze loszulösen sein; es muss da ferner wohl zugleich die unentbehrliche „relative" Abstufung eines jeden abs. Rechtes und des Eigentumes gezeigt, es muss insbes. hiedurch auf Beseitigung unsres sinnlosen, bisher in Besitz- und Eigentumsprozesse zerrissenen, mittelalterlichen Eigentumsprozesses hingewirkt werden, welcher sich seit dem Mittelalter aus dem missverstandenen Doppelprozesse des röm. duplex dominium entwickelte und noch jetzt den Wohlstand unsrer Grundbesitzer schädigt. — (In diesem kann ja beispielsweise auch jetzt noch der, mit dem besten Erwerbbriefe ausgestattete, rechtmässigste Eigentümer vorerst in einem sogenannten possessorium auch noch mit seinem absoluten Eigentume unterliegen und die Prozesskosten zahlen müssen, bevor es ihm auch nur gestattet wird, sein zweifelloses Eigentum mittels seines Erwerbbriefes beweisen zu dürfen. In ihm muss ferner u. a. bei einer Eigentumsersitzung ganz dieselbe, nur einheitlich zu erfassende, Kette von sog. „Besitzhandlungen": richtiger aber: von „Eigentumsausübungen", statt auf einmal, in verschiedene Prozesse der sog. Possessorien und Petitorien zerrissen und mit wechselndem Erfolge immer wieder von neuem bewiesen und entschieden werden, bis endlich das Recht definitiv festgestellt wird, welches niemals unterliegen sollte etc. etc.!!) — In der Besitzlehre anderseits gilt es nicht minder, das positiv-„geschichtliche", germanische, heutzutage nationale wie internationale und zugleich praktisch höchst wertvolle Besitzrecht von seiner unglaublichen Vergewaltigung unter den antiken Eigentumsbegriff possessio endlich zu befreien und es so frei zu entfalten; es gilt da beispielsweise: dem Besitzrechte des Gemeindegenossen der Realgemeinde, des Pächters, Mieters, dem Besitzrechte der zahlreichen Genossenschaften des modernen Rechtes, den vielfachen sonstigen Fällen, in welchen heutzutage ein Besitzrecht berechtigtes Bedürfnis ist (§. 4), es gilt da diesem, selbst zur Verwirklichung von socialen Aufgaben der Gegenwart unentbehrlichen Rechte, zu deren Verwirklichung nach ausdrücklicher Betonung Sachverständiger c) die bisherigen Märchen von der röm. possessio nimmermehr ausreichen, endlich wieder die freie Bahn zu schaffen, welche einzig der unpositive Wahn, die röm. possessio sei ein Besitz, verlegte. Handelt es sich ja doch in diesem deutschen Besitzrechte überhaupt in der That nur um die Wiedererkennung eines „geschichtlichen" Institutes, welches sich bei uns noch im verflossenen Jahrhunderte in Theorie und Praxis bereits als unbeschränkteres Gewohnheitsrecht in allgemeiner Uebung befand, welches selbst heutzutage noch, als Besitzrecht des Pächters, Mieters etc., in dem wohl grössten Teile Deutschlands, z. B. im preussischen, bayer., sächs. Rechte, unbeschränkter sogar als „gesetzliches Recht gilt", und welches unbewusst, — wenn auch irrtümlich eingeschränkt auf wenige Fälle und unter dem falschen Wortklange possessio, — selbst noch ein Savigny und seine herrschende

c) Man vgl. z. B. Lorenz v. Stein, die 3 Fragen des Grundbesitzes und seiner Zukunft, (die irische, die continentale und die transatlantische Frage), Stuttgart, Cotta 1881; vgl. auch S. 34.

Schule lehrt: Auch Savigny's Besitzrecht ist ja nicht römisch und nichts: als ein „Teil dieses, durch einen „usus modernus“ auf ihn vererbten, deutschen Besitzrechts“, denn eine wirkliche röm. possessio, dieses antike, röm. Eigentum, hat ein Savigny selbst und nach wie vor ihm die Praxis niemals angewendet (§. 4), so sehr beide jene auch in ihrer „Reinheit“ anzuwenden vermeinten!! sondern beide haben seitdem dies deutsche Besitzrecht nur grundlos beschränkt.

Noch aber hat der Verfasser bisher freilich — namentlich in seiner im Jahre 1880 erschienenen Schrift: „Das heutige positive und nationale Besitzrecht in seiner Unabhängigkeit von der röm. possessio.“ Berlin, Guttentag etc. — hiefür vorwiegend nur „dogmatische“ Gründe näher auszuführen vermocht. Auch diese dürften zwar völlig Unbefangene vielleicht, namentlich unsre von Vorurteilen noch nicht vorumfangene Jugend, allein schon vollständig zu überzeugen geeignet sein. Denn dass das Recht „des Besitzes“ der herrschenden Besitzlehre Savigny's, dieses an sich noch undefinierte oder dies, durch faktischen Besitz lediglich „erworbene“ Recht, ein begrifflich „völlig“ verschiedenes sein müsse, je nachdem wir durch diesen faktischen Besitzerwerb entweder mit animus domini selbst Eigentum occupieren, oder — ohne je Eigentum (animus domini) für uns selbst zu beanspruchen — also an einer, wie von uns anerkannt, fremden Sache nur ein jus in re (aliena) erwerben wollen, — dass z. B. das Besitzrecht dessen, der durch Besitzergreifung animo domini eine herrenlose Sache erworben hat, dieses zweifellose Eigentum, ein systematisch anderes Recht ist, als das heutige Besitzrecht oder jus in re aliena eines Sequesters, Pfandgläubigers ohne animus domini, mit einem Worte: dass Eigentum und jus in re niemals identisch sein können, — dürfte ja doch wohl an sich schon dogmatisch überzeugend und klar sein können! Schon auf diese Weise also muss sich zwischen dem vermeintlich einheitlichen „Besitze und Besitze“ im Sinne Savigny's ein notwendiger innerer, systematischer Unterschied ergeben. — Wir aber, mit dem, wenn auch völlig unerwiesenen und unerweisbaren Ammenmärchen Savigny's, dass die röm. possessio „geschichtlich“ nun einmal ein faktischer „Besitz“ sein müsse, aufgewachsenen älteren Juristen werden uns vielleicht hiedurch allein wohl schwerer — und wenigstens, ohne geschichtliche Aufklärung des Gegenteils, wohl niemals ganz ohne Misstrauen — zu einem nicht so ganz einfachen, vollständigen dogmatischen Umdenken aus unsren bisher angewohnten und herrschenden Besitzbegriffen entschliessen; (weiss ja doch der Verf. selbst noch kaum, ob ihm dies Umdenken trotz des Studiums während eines Menschenalters in jedem „Detail“ schon jetzt vollständig gelungen sein wird). Wir älteren Juristen somit werden mittels handgreiflicherer Schilderungen diejenigen, thatsächlich verschiedenen Vorgänge der antiken, pragmatischen Geschichte Roms jetzt mit eigenen Augen sehen müssen, welche auf dem antiken Boden Roms zu einem, notwendig von dem heutigen, germanischen völlig verschiedenen Rechte geführt haben mussten: wir werden so vorerst unsre Hände in die vorhandenen Merkmale antiker Geschichte legen müssen!

Haben wir Juristen ja doch, auch nach der längst geteilten Anschauung anderer, trotz all' unsrer Geschichtlichkeit, bis nach Sav. nur Litterärgeschichten der röm. possessio vor uns, somit nur eine Geschichte unsrer „eignen“ Missdeutungen des röm. Institutes seit dem Mittelalter, nimmermehr aber eine Geschichte der possessio in „Rom selbst“, welche uns den Grund und Zweck ihrer Entstehung an ihrem Entstehungsorte selbst genügend aufzuklären vermocht hätte! — Dass der Verf. insbesondere mittels jener bisherigen „dogmatischen“ Veröffentlichungen allein noch kaum allseitig zu überzeugen vermochte, dürften ja die Recensionen seines heutigen Besitzrechtes vom Jahre 1880 ergeben; denn im Durchschnitte hat derselbe da der bisherigen Jurisprudenz, z. B. dem hochverehrten Brinz, nur das Zugeständnis abzuringen vermocht, dass in der possessio „einiges Eigentum“ vorhanden sei; andere Beurteiler schwanken noch immer, u. a. selbst Meischeider, (dessen Besorgnisse, soweit derselbe solche bisher geäussert, der Verf. seitdem freilich an anderem Orte durch neue Gründe zerstreut zu haben wenigstens vermeint); rückhaltlosere Zustimmung hat das Schriftchen überhaupt bisher nur vertraulich, in der Oeffentlichkeit aber etwa nur von einem stammverwandteren Auslande, nur in dem, mit einem gleichem Rechte vertrauten Holland gefunden, dessen gediegener Jurisprudenz in der Person des Herrn Prof. Dr Drucker in Groningen der Verf. hier für dessen rein sachliche Prüfung der Frage öffentlich seinen innigen Dank ausspricht. — Zwar sind nun vielleicht auch diese bisherigen Errungenschaften in Deutschland nicht so ganz aussichtslos; denn, steht der heutigen deutschen Jurisprudenz einmal fest, dass die röm. possessio in einzelnen Fällen sicher ein Eigentum ist, so kann dieses eine und dasselbe Institut des Eigentums juristisch wohl nicht in andern Fällen ein Unrecht oder ein Faktum ohne Recht sein. Auch hat ja, seitdem der Verf. im Jahre 1865 diesen Eigentumsbegriff der possessio vertrat, noch der geniale J h e r i n g die röm. possessio wenigstens als Ergänzung des Eigentumsschutzes, faktisches Eigentum etc. definiert, sind viele andere hochgeachtete Juristen seitdem mehr und mehr für deren ausschliessliche Rechtsnatur eingetreten, und gibt u. a. eine der neuesten Besitzschriften, D e r n b u r g (Entw. u. Begriff des jurist. Besitzes etc. 1883 S. 2) direkt in dankenswerter Weise zu, dass die Angriffe gegen Savignys herrschende Lehre bis jetzt nicht wissenschaftlich überwunden seien. — Auch wird wohl endlich die geschichtliche röm. possessio nie überwunden werden können! — —

Um nun aber sicherer vorzugehen, will der Verf., indem er jetzt den Cyklus seiner Studien schliesst, noch versuchen, soweit äussere Umstände, Nebenstunden des Praktikers dies gestatten, jetzt noch seine Ideen zur näheren Erforschung der röm. Rechtsgeschichte überhaupt zu begründen und selbst noch speciell das Gebiet derjenigen **antiken Geschichte** des Rechts zu betreten, welcher diese bisher als Besitz angewendete wirklich g e s c h i c h t l i c h e p o s s e s s i o, diese eine Hälfte des röm. duplex dominium, entsprossen ist. Dort soll versucht werden, dieses antike Institut nach seiner geschichtlichen Wirklichkeit, aus seinen inneren und äusseren Lebensbe-

dingungen heraus, soweit möglich, unmittelbar zu zeichnen, dessen Erwerb und Occupationssystem dereinst auf das röm. Weltreich in tief erschütternden Rassenkämpfen persönlich berechtigter Volksabstammungen so mächtig und nachhaltig einwirkte! — Dies die Aufgabe, welche den gegenwärtigen Studien vorschwebt. — Ich hoffe, dass damit vielleicht auch noch manche andere Blicke in das antike Staats- und Rechtsleben für Historiker von Beruf, ich denke dabei wieder an Jherings kommende röm. Rechtsgesch., von neuem sich erschliessen lassen werden, dass ferner so unsre Jurisprudenz dereinst vielleicht erst einem vollen Verständnisse der antiken röm. Rechtsbildung zugeführt zu werden vermag! Ich hoffe, dass damit die mächtigen Gegensätze der antiken gegenüber der jetzt lebenden Geschichte oder dem Rechte unserer Gegenwart in unsrer Überzeugung überhaupt zu klarerem Verständnisse geführt und fester wurzeln werden. — Freilich wird uns auch diese geschichtliche Erforschung antiker Rechtszustände unwillkürlich wieder auf eine oder die ander Prinzipienfrage hindrängen. Die antike possessio z. B., diese vorwiegend dem jus gentium angehörige eine Hälfte des röm. duplex dominium, ist ja selbst nur eines jener zahllosen, persönlichen röm. Doppelrechte, welche, aus „verschiedenen" positiven, vorjustinianischen Rechtssystemen entsprossen, erst von Justinian mit dem übrigen röm. Eigentume, insbes. dem civilen dominium ex jure Quirit., compiliert d. i. vereinigt worden ist. Hier wird es somit gelten, principiell u. a. zugleich den, bis auf die Gegenwart von uns mehr oder weniger gehegten Wahn zu zerstreuen, als ob das röm. Recht vor Just. überhaupt je einmal ein einheitliches gewesen sei, gleich unseren heutigen, territorialen, einzelnen Rechtssystemen. Es gilt da somit, zugleich principiell die „Rechtsverschiedenheit" des vorjustinianischen Rom überhaupt zu zeigen; es gilt, nach dem Vorbilde des, in diesem Jahrhunderte neuentdeckten Gajus jetzt dies vorjustinianische Recht wieder in seine einzelnen und verschiedenen, an der Person der Völkerabstammungen haftenden Systeme auszuscheiden! Dadurch erst wird es möglich werden, das überlieferte röm. Recht mit seinen zahllosen Doppelrechten überhaupt wieder vollständiger zu verstehen. Denn haben wir damit gezeigt, wie in Rom überhaupt „verschiedene positive Rechtssysteme" bestanden, dann wird uns wohl die Consequenz als eine reife Frucht von selbst in den Schoss fallen, dass in Rom, wie verschiedene Rechtssysteme überhaupt, so auch für jedes dieser verschiedenen Systeme ein besonderes Institut des Eigentumes etc. existiert haben musste; u. a. neben dem civilen dominium ein in bonis oder eine „possessio". —

Nun noch zu einem Rückblicke nach aussen. — Wohl konnte bei dem Beginne der Studien des Verf. um 1860 in Folge der dazumal lange, etwa seit einem halben Jahrhunderte währenden, Eingewöhnung in die vorhandenen Gegensätze zwischen Theorie und Praxis seit Hugo und Thibaut bei unsrer Jurisprudenz sich nahezu ein Gefühl ausbilden, als ob solche Gegensätze ewig ruhig fortbestehen könnten, als ob somit eine Einheit und einheitliche Wahrheit zwischen Lehre und Uebung ein und des-

selben Rechtes unsres Vaterlandes gar niemals zu erreichen wäre! Zweifellos musste daher ein erster Versuch zur endlichen Lösung jener tiefen Gegensätze damals so manche bisherige behagliche Gepflogenheit, nicht selten auch persönliche Neigungen bei Seite lassen, und selbst ja die eigne Pietät des Verf. gegen die Person so mancher hochverdienter Juristen unsrer Theorie einzig der Sache und dem Fortschreiten unsres nationalen Rechts sowie einer starren Pflicht rückhaltloser Äusserung und Forschung nach objektiver Wahrheit dienstbar unterordnen. — Bei der Schroffheit der damaligen Gegensätze musste aber anderseits von dem Verf. zweifellos auch umgekehrt die Folge im voraus erwogen werden, dass die Gefühle des ersten Augenblickes — bei einem solch rein sachlichen, rückhaltlosen Cultus des Rechtes — ebendieselben Elemente der bisherigen Angewöhnung dereinst auch gegen ihn, den Verfasser, kehren mussten, und dass solche, wenn auch noch so strenge positive und geschichtliche, so doch ohne Rücksichtnahme auf die Resultate der damaligen Parteigruppierungen verfolgte Bestrebungen im objektiven Rechte von beiden Teilen in der That geradezu als „Ketzerei" bezeichnet werden konnten! Obgleich somit nicht der Verfasser es war, welcher jene unselige Kluft zwischen Lehre und Wirklichkeit geschaffen — er war es ja allerdings nur, welcher sich bemühte, die Kluft durch geschichtliche Wahrheit wieder ausfüllen oder den organischen Riss wieder heilen zu helfen — musste doch auf diese Weise das blosse Dasein schon der gegebenen Kluft auch gegen ihn wirken.

Merkwürdigerweise kam vor allem diesen Einigungsversuchen in der That selbst auch unsre Praxis niemals ermutigend entgegen. Dies war der Fall, obgleich vom Verf. doch hier principiell im Grunde nur die „Berechtigung" des eignen positiven Thun's der Praxis gegenüber der ihr widerstreitenden Theorie verteidigt wurde, nachdem doch damals die herrschende Theorie zum Teile aus irrigen Prinzipien heraus die ganze Rechtsfindung der Praxis als eine unpositive bekämpft hatte. Aber gerade in der Praxis von damals war eine lange andauernde Missdeutung so mancher Wirklichkeiten und Bedürfnisse des Rechtslebens durch die herrschende, jede Belehrung durch die Wirklichkeit oder Praxis geradezu von sich weisende, ältere historische Theorie, war ferner ein vollständiges Verdrängen der, für die Praxis Bedürfnis und positiv erscheinenden Rechtsdarstellung aus der herrschenden Litteratur, welche damals von der widersprechenden, herrschenden Schule der Theorie allein beherrscht wurde, und anderseits ein Zurückdrängen der Praxis auf die, jetzt sogenannte praktische Litteratur der „Präjudiciensammlungen" vorausgegangen und von Einfluss geworden! Derartige Umstände hatten bei einem grossen Teile unsrer Praxis damals bei dem ersen Auftauchen der Vereinigungsversuche des Verf. so sehr und so dauernd das Vertrauen gegen alles und jedes erschüttert gehabt, was nicht „Präjudiz" hiess oder doch nicht sofortiger unmittelbarer Anwendbarkeit dienlich schien, dass sich dies Misstrauen der Praxis nun selbst auch gegen die, ihr eignes positives Thun rechtfertigenden, von ihr nun gleichfalls als „theoretische" missachteten, praktisch-wissenschaftlichen Ver-

einigungsversuche des Verf. kehrte: die Praxis selbst verleugnete so den, der sie gegenüber wissenschaftlichen Gegengründen und Angriffen zu Ehren bringen wollte! — — Und doch dürfte der Satz Savigny's ewig wahr sein: auch die Praxis muss zugleich theoretisch, wie die Theorie zugleich praktisch sein; und doch bedarf wohl der Richter so gut der Littteratur und des Principes, wie der Lehrer; denn wie dieser, ja wohl noch mehr als dieser, steht und wirkt er unmittelbar in und für die Oeffentlichkeit, und bedarf er ebendeshalb vor allem der Begründung und Rechtfertigung seines, zumal des, von der damals herrschenden Theorie als unpositiv bekämpften, Wirkens wie seines Principes vor der Oeffentlichkeit. — Und können denn ferner unsere praktischen Präjudicien jedesmal mehr, als nur den einzelnen Fall und die einzelne Lehre concret prüfen? Müssen wir deshalb nicht, damit diese unsre Präjudicien sich nicht fortwährend widersprechen, die Entstehung eines „Systemes" aus dem, durch diese Präjudicien zu Tage geförderten praktischen Rechtsmateriale — durch uns selbst oder durch eine „praktische Theorie" auf dem Katheder — erwünschen und anstreben, welches kritisch prüfend die Beziehungen dieser Einzelentscheidungen zum grossen Ganzen unsres heutigen nationalen Rechtes fortwährend lebendig zu erhalten vermag, und welches die Vorzüge einer Einheit zwischen Lehre und Rechtsleben etwa vor der Einseitigkeit einer englischen Präcedenz- (= Präjudizien-) Jurisprudeuz verwirklicht? — Endlich dürfte sich ja u. a. vielleicht auch ergeben, (namentlich hier in der Besitzlehre §. 1 will ich dies noch näher zu zeigen versuchen), wie — bei den Rechtszuständen wenigstens, wie solche bei uns vorliegen, die wir mehrfach selbst antikes röm. Recht „direkt" anzuwenden haben — unsre Praxis hie und da wohl auch bisheriger vermeintlich rein „theoretischer" Studien, namentlich der Beihülfe der vielberufenen „Rechtsgeschichte", welche bisher hauptsächlich nur durch unsre Theorie gepflegt wurde, in unsrem eignen Interesse kaum je ganz wird entbehren können, wenn wir in einzelnen Lehren je überhaupt vorwärts kommen wollen. Unser gemeines Recht nämlich enthält infolge seiner direkten Anwendung antiker röm. Gesetzgebung zugleich eine Anzahl historisch veralteter, ohne Rechtsgeschichte unverständlicher Institutionen. Ohne Aufklärung durch die letztere, ohne sog. historische Kritik werden wir deshalb so manche wertlose oder das Rechtsleben störende, bloss vermeintlich positive Lehre nie beseitigen können, sondern nur immer wieder auf diese antiquarische und wertlose Ueberlieferung zurückfallen, welche als unpraktisch längst zu beseitigen gewesen wäre. Sebst auch eine „Gesetzgebung" allein könnte ja da kaum genügend abhelfen; denn eine geschichtlich nicht aufgeklärte Gesetzgebung würde da gleichfalls nur immer wieder die alte Missdeutung, z. B. im Besitze nur wieder die alte vermeintliche röm. possessio oder ihre Missdeutung, mit allen ihren Missständen zum Gesetze fixieren können. Und ist es denn auch nicht etwas anderes, wenn wir dereinst mittels Rechtsgeschichte praktisch unberechtigtes, antiquarisches Recht nur „beseitigen" werden, als wenn wir, wie dereinst die ältere histor. Schule, antiquarische Rechtsgeschichte als fortbe-

stehendes, positives Recht darstellen wollten? Aus all' diesen Gründen dürfte wohl zweifellos eine wissenschaftliche Einheit und ein dereinstiges Zusammenwirken von Theorie und Praxis auch diese letztere unterstützen und fördern und diese Einheit erstrebenswert erscheinen lassen.

Minder auffällig dagegen musste selbstverständlich damals eine Gegenwirkung gegen diese Vereinigungsversuche des Verf. zwischen Theorie und Anwendung auf Seite der herrschenden Theorie aus der ersten Hälfte unsres Jahrhunderts sein. Musste ja doch hier das Prinzip wie manche einzelne Lehre, darunter die Musterlehre des zweifellos grössten und hochverdienten Meisters des Rechts, Savigny's selbst, einer positiven u. praktischen Prüfung unterzogen werden. Stand ja doch ferner schon damals leider unsre herrschende Theorie, abgesehen etwa von der spärlichen Mitwirkung bei Spruchcollegien, mehr und mehr dem Bestimmungszwecke des Rechtes, der praktischen Rechtsprechung ferne; so erwarb dieselbe aber selbst von den drängendsten Erscheinungen und Bedürfnissen des Rechtslebens, z. B. von der erwähnten unheilvollen Spaltung, von den Wirkungen der particularen Zerrissenheit des Rechts in einzelnen deutschen Gauen, von den praktischen Unmöglichkeiten so mancher Theorien Savigny's und der älteren Schule etc., kaum je „direkt" eigne Kenntnis und Erfahrung; damit war aber ferner eine unbefangene Prüfung der Gründe meines damaligen Flugschriftchens über das Bedürfnis einer „praktischen" Rechtsreform vom Jahre 1865 seitens der Theorie mehr oder weniger ausgeschlossen. Endlich dürfte Hand in Hand damit wohl auch die herrschende Richtung der Theorie von damals gegenüber Gegengründen, wie jetzt allgemeiner anerkannt zu werden scheint, notwendig kaum durch Selbstprüfung und die Macht ihrer inneren Gründe allein, sondern auch durch äussere Mittel, wohl zu ihrem eignen Nachteile in Bezug auf eignes Fortschreiten, zu wirken gewohnt gewesen sein, — insbesondere eben schon durch die Bildung einer „Schule." — Eine Schule vermag ja doch erfahrungsgemäss auch sonst im Wissen wie in der Kunst nur allerdings in den, sie begründenden Heroen selbst die Sache wesentlich zu unterstützen und nach vorwärts zu fördern; während in der Folge regelmässig einzelne, in deren Glanze sich alsbald sonnende Epigonen, wie wohl auch in der histor. Rechtsschule aus der ersten Hälfte unsres Jahrhunderts, nicht selten kaum mehr die höheren Endziele des Rechtes allein ins Auge fassen, sondern durch einseitigen Cultus der Person des Meisters an der Stelle einer Pflege der Sache, durch eine weit höhere Meinuug von bisher unfehlbaren Leistungen, als dieser selbst, durch Betonung ferner blosser (geschichtlicher) Formen schon des Meisters oder durch (geschichtliche) Manierirtheit sowie durch ein damaliges äusseres persönlich-corporatives Parteigefüge, der von der Schule anfänglich geförderten Sache jetzt weit eher Hemmnisse eines weiteren Fortschreitens bereiten können. — Um so leichter musste somit auch damals unter solchen Umständen die Gefahr naheliegen, dass man sich neuen, noch so berechtigten Gründen gegenüber, welche die Lehre des Hauptes Savigny betrafen, nicht allein und nicht direkt mit der Sache beschäftigen, sondern gegen

die „Person“ dessen sich wenden werde, welche solche Gründe vertrat; dies umsomehr, als man sich ja einzelnen „sachlichen“ Gründen einer Reform unsrer Rechtsdarstellung, z. B. dem Dasein verschiedener, vermeintlich positiver Resultate der Theorie und Praxis, zufolge allmähligen Augenscheines in der Folge kaum entziehen konnte, als ferner andere sachliche Gründe späterhin, z. B. in der Gesetzgebungsfrage, durch ein sich Geltendmachen der Bedürfnisse und eine blosse Macht der Verhältnisse schon sich von selbst verwirklichten und sich so überhaupt der Discussion entzogen. — So konnte schwerlich bei der älteren Schule unsrer Theorie auf Beifall gerechnet werden. Aber auch in der neueren Theorie wirkten die Vereinigungsversuche der Verf. und die hiemit gebotene Revision der leitenden Principien der alten Schule durch den Verf. lange fühlbar nach. —

Wohl ist dem Verf. noch in pietätvoller Erinnerung, wie ihm gleich bei Beginne seiner Studien gelegentlich einer Beurteilung seiner (für die jetzigen Fragen ja wohl mehr gleichgültigen, nur als Fühler dienenden) Erstlingsschrift über das Schmerzengeld der selige, damals noch in den Gründen der älteren Schule sein volles Genügen findende Stintzing, wohl in damaligem Einverständnisse mit manchen seiner Freunde, mit der, nach dessen damaliger Ueberzeugung zweifellos wohlgemeinten Mahnung begegnete: „dass der Verf. auch ferner sein Talent der Theorie zuwende, allein — sich an praktische und historisch concrete Fragen“ halten und die abstrakten Themata sowie „allg. Erörterungen“ meiden solle. (Münch. krit. Vierteljahrsschrift Bd. II 1860 S. 597). — Damals waren freilich die gegebene Sachlage, die Notstände des heimischen Rechtslebens, die trostlosen Folgen der Spaltung unsrer Theorie vom Leben, dieses Hauptübels unsres Rechtszustandes nach Savigny's eignem Urteile, weder vom Verf. selbst noch von sonst jemandem bereits mit voller Hingebung an die Sache und völlig rückhaltlos geschildert. Damals drängte noch nicht das Bedürfnis einer lebenswahren, lebenskräftigen Einigung des vaterländischen Rechts, wie seit 1870. Erst seitdem hat der Verf. selbst diese Schilderung eingehender, namentlich in dessen „praktischem Bedürfnisse der Rechtsreform“ etc. 1865, versucht. Die Strömungen der Bedürfnisse und des Rechtes der Gegenwart, die Bedürfnisse des geeinigten deutschen Reiches haben seitdem ihren Einfluss geübt. Seitdem dürfte vielleicht auch jedermann in der Lage sein, sich selbst zu überzeugen, ob nicht damals die Wahrheit, die Berechtigung unsrer nationalen Rechtsdarstellung die Gründe einer Pietät gegen den, damals zweifellos überzeugungstreuen Wunsch Stinzing's überwiegen, und eine Aufdeckung dieser Kluft zwischen Lehre und Wirklichkeit desselben Rechtes, ein Suchen nach einem Heilmittel und einer Einigung gebieten musste. Seitdem ist das Recht der Gegenwart oder der lebenden Geschichte, diese positive Grundlage einer neueren historischen Richtung, zu allgemeinerer Anerkennung gelangt, und wohl glaubt der Verf., dass auch ein Stintzing von heute, wenn der treffliche Mann uns noch jetzt erhalten wäre, sich kaum mehr nach einem Wiedererstehen der früheren Kluft zwischen Theorie und Praxis, nach so manchen Anti-

quitäten wie Utopien der älteren Schule zurücksehnen dürfte. — Aber war es Kälte gegen den, welcher gegen Missstände zuerst aufzutreten den Mut zeigte, war es Scheu, den zu erwähnen, welcher zuerst gegen praktische Abirrungen einer immerhin damals noch fast alleinherrschenden Schule die Bedürfnisse unsres vaterländischen Rechtslebens zu vertreten versuchte? Die strenge positiven Resultate des Verfassers werden, soweit sie unausweichbare positive Wahrheiten zu zeigen schienen, seitdem von einem, der früheren antiquarischen Richtung keineswegs mehr dienstbaren, dem Verf. hie und da selbst vielleicht persönlich einigermassen befreundeten, hochachtbaren Teile der romanistischen Theorie seit 1865 gelehrt und geübt, aber man wagte bisher nicht, den Namen des Verf. zu nennen. Wie früher z. Zeit der unbedingten Herschaft der alten Schule, schien ja hier noch immer der Professor es nicht wagen zu dürfen, den „Praktiker“ zu allegieren. Namentlich Bestandteile der seit 1865 teils gelegentlich, teils selbständig veröffentlichten Studien des Verf. über die Natur der röm. possessio und den heutigen Besitz finden sich seitdem in zahlreichen Schriften dieser neueren Theorie benützt und wiedergegeben (Note d); diese bauen seitdem mehr oder weniger auf einem oder dem anderen der Resultate des Verf. fort. Trotzdem wird aber dieser selbst seitdem von keiner einzigen selbständigen Schrift unsrer nicht germanistischen Theorie über die gleichen Fragen allegiert. — Ich muss dieses Umstandes hier gedenken, weil, wie wir hier sofort ersehen werden, sich hieraus weitere Folgen gegen den Verf. ergeben haben. —

Vollends hat ein neuerliches und, im Gegensatze zu früheren beifälligen Aeusserungen abfälliges Urteil Windscheid's den Verf. hier zu dieser bisherigen wiederholten, gewissenhaften Prüfung der Sachlage genötigt. Dasselbe geht von einem, in Theorie und Praxis tonangebenden Manne aus, und ein solches Urteil würde daher, wenn berechtigt, zum Aufsuchen einer richtigeren Lösung des Zwiespaltes zwischen der Lehre Savigny's und der Wirklichkeit führen müssen. Denn irgend einer Lösung bedürfen wir zweifellos: zwei verschiedene positive oder geltende Rechte, welche sich widersprechen, ein solches der Theorie und eines der Praxis, sind undenkbar. — Windscheid hat nun im einzelnen in einem formal vollendeten Systeme im Geiste und nach dem direkten Vorgange des, von der älteren historischen Schule ohne Grund bekämpften, hochverdienten Johann Adam Seuffert dessen Einigung zwischen Lehre und Anwendung fortgesetzt, so, wie wir Praktiker sowie vielleicht jeder objektiv erwägende Jurist eine solche Vereinigung sich erwünschen muss. Ein solches Unternehmen von Seite eines geschichtlich prüfenden Mannes allein schon musste W. den Beifall der Praxis sichern, und der Praxis vor allem verdankt anderseits W. selbst seinen reichlichen Erfolg. In dem Endziele dieser Einigung glaubt auch der Verf. von jeher völlig gleiche Wege mit W. selbst gegangen zu sein. — Die Weiterverfolgung dieses Endzieles aber erfordert, neben der Einigung der Rechtsdarstellung in Einzelheiten, notwendig auch eine Vereinigung der „Principien“ dieser Rechtsdarstellung; — denn, wenn das

Detail zu einigen ist, warum sollen die wiederstreitenden Principien stehen bleiben, welche bisher systematisch eben zu verschiedener Rechtsdarstellung im einzelnen geführt haben und wieder führen können? — Sie erfordert ferner eine Fortsetzung der bisherigen Vereinigungsversuche zwischen Lehre und Wirklichkeit in den einzelnen Lehren. — Dass insbesondere die „Prinzipien" der älteren Schule einer praktischen Berichtigung bedurften, soweit sie praktisch geradezu zu antiquarischem Rechte wie zur Nichtbeachtung des positiven, lebenden Gewohnheitsrechtes führten, glaubt der Verf. ja schon jetzt mehr, als zur Genüge gezeigt zu haben: soeben in diesem Vorworte sowohl, als in früheren Schriften, als speciell noch — unter Bezugnahme auf Windscheid's eigne seitherige Principienstudien in Nord und Süd — hier im Texte unter §. 1 Note 37. — Und dass endlich auch noch immer „einzelne" praktische Lehren der älteren Schule, wenn wir principiell von dem positiven Rechte der Gegenwart ausgehen, in der That einer rechtlichen Reform bedürfen, namentlich u. a. deren Musterlehre vom Besitze, deren Reformbedürftigkeit sich ja seitdem mehr und mehr zur vorherrschenden Meinung gestaltet haben dürfte, wer sollte es heutzutage noch bezweifeln, wenn wir uns nur bemühen wollen, uns rückhaltslos auch nur „einzelne" Episoden aus dieser Lehre hier vor Augen zu stellen, welche unbekümmert selbst um alle thatsächliche Wirklichkeit in der That ein Savigny allen Ernstes lehrt? Wenn wir so diese Lehre auch nur flüchtig mit einem einzigen praktischen Blicke durchmessen, deren ganzer praktischer Erfolg ja doch nur der war, dass sie den „rechtmässigsten" Besitzer chicanierte, indem sie von ihm Voraussetzungen des Eigentumes der possessio, namentlich animus domini forderte, umgekehrt aber unsren heutigen Eigentumsprozess verdarb, indem sie in diesen in vermeintlichen Possessorien die ihm fremden Voraussetzungen des germanischen Besitzes mischte! — Vergleichen wir da doch nur einzelne wenige Episoden dieser Lehre. —

Indem sie das heutige Besitzrecht unter das röm. Eigentum possessio subsumierte und hiedurch dem heim. Besitzer ohne animus domini sein Klagerecht entzog, hat uns die herrschende Besitzlehre Savigny's vor allem eine Reihe sonnenklarer röm. Bestimmungen verschwiegen; u. a., dass diese possessio selbst zugleich absolutes „Eigentum" ist, indem nach ausdrücklicher, klarer Bestimmung der röm. Quellen die sämtlichen justae causae des Eigentumserwerbes: die causae pro emptore, donato, legato, herede, noxae dato, pro „suo" etc. in Wirklichkeit zugleich causae des „Erwerbes" der röm. possessio (ex quibus quis possessionem „nactus" est) sind; dass überdies die Publiciana nur: die actio dieser röm. possessio, dieses zugleich Publicianischen Eigentumes, (allerdings nicht eines Besitzes), ist; dass endlich selbst die blosse relative, sog. possessio ad interdicta in Rom nur: das „plus juris", wörtlich: das bessere Recht oder das relative, bessere Eigentum gegenüber weniger und Unberechtigten und damit also nicht minder nicht Besitz ist. (Sollten auch solche justae causae, diese blossen Verträge der emtio etc. wie besseres Recht überhaupt irgend etwas zur Entstehung eines faktischen Besitzes beitragen können?) Ja diese possessio wird von Sav. selbst zum Teil direkt als „Eigentum anerkannt": als bonitarisches, prätorisches, Publicianisches, Provincialeigentum, als Recht am ager publicus etc. Ist es nun aber möglich, dass

ein und derselbe Begriff bald Eigentum, bald überhaupt kein Recht und nur das blosse Faktum des Besitzes im heut. Sinne sein könnte, welches blosse Thatsache und nicht Recht sein kann?! Welches „Wunder“ eines einheitlichen Begriffes sollte dies sein: „Recht und Unrecht“, „Position und Negation“ desselben Rechtes und Eigentumes zugleich! Abgesehen von diesem wunderbaren vermeintlich einheitlichen Begriffe gibt es ferner Klagen der röm. possessio, wo diese, offenbar als Recht, thatsächlich ohne alles Faktum, ohne Besitz, besteht und die Erlangung des faktischen Besitzes erst durch diese Klagen erstrebt wird: die interdicta adipiscendae possessionis; und doch sollte diese ohne Besitz rechtlich schon vorhandene röm. possessio ein faktischer, thatsächlicher Besitz sein können? Ebenso kann dieselbe possessio ferner quellenmässig nun einmal sehr häufig überhaupt ohne Besitzerwerb erworben werden; z. B. mittels des sog. constitutum possessorium. Wie sollte somit auch dies Rechtsverhältnis ohne thatsächlichen Besitz thatsächlicher Besitz sein können? Nun sollte zwar nach Sav. selbst auch in diesen Fällen eines constitutum, — um die subjektive Auffassung der possessio als Besitz in der herrschenden Besitzlehre aufrecht halten zu können, — eine faktische Besitzübertragung nichtsdestoweniger durch „Stellvertretung“ eintreten. Eine Stellvertretung ist aber wohl im „Rechte“ der possessio denkbar; dass aber auch im „Faktum“, in einem faktischen Zustande des „Besitzes“ eine Stellvertretung eintreten und durch diese Stellvertretung dem nicht besitzenden possessor nichtsdestoweniger der faktische Zustand des Besitzes verschafft werden sollte, scheint denn doch wohl ein Ding einer faktischen Unmöglichkeit. Kann es in der That eine Stellvertretung in dem thatsächlichen Zustande des Essens, Trinkens, Schlafens, Besitzens etc. geben, so dass nicht ich, sondern der von mir Vertretene auch thatsächlich isst, schläft, besitzt, wenn ich esse, schlafe, besitze? Es ist also wohl offenbar in diesen Fällen der röm. possessio nichtsdestoweniger notwendig stets nur ein reines Recht ohne faktischen Besitz gegeben! — — Umgekehrt aber müssten ja — der subjektiven Anschauung der herrschenden Besitzlehre zu liebe, dass possessio nun einmal fakt. Besitz sein müsse, (wofür nebenbei kein einziger haltbarer Grund aufzufinden ist), — fast jedem wirklichen thatsächlichen Besitze — abgesehen von den sporadischen Fällen der vermeintlich abgeleiteten possessio: dem pignus, precarium, sequester — nicht bloss die Klagrechte, sondern selbst der Begriff des fact. Besitzes entzogen werden können: selbst dem Besitzer, welcher doch seinen faktischen Besitz von dem, völlig frei zur Disposition über sein Recht berechtigten Eigentümer erworben hat: dem Besitzer unter suspensivem Eigentumsvorhalte, dem Depositar, Pächter, Mieter etc. Diese sollten schon vermöge eines vermeintlichen Machtspruches des röm. Rechts, dass sie nicht possessores (richtig nicht Eigentümer) seien, nach der herrschenden Besitztheorie rechtlich auch nicht einmal „thatsächliche“ Besitzer sein dürfen?! Kann denn aber und will in dieser Weise das Recht wirklich selbst „thatsächliche“ Zustände durch einen Machtspruch beeinflussen: hier Thatsachen und Zustände schaffen, welche in der Wirklichkeit nicht vorhanden sind, dort vorhandene Thatsachen durch ein Nichtvorhandenerklären thatsächlich zu nicht vorhandenen gestalten?

Wenn somit auf diese Weise die allgemeinen Principien, wenn ferner so manche Einzellehre, vor allem die tonangebende Musterlehre der älteren histor. Schule selbst, wenn endlich die gewünschte und bevorstehende nationale Einigung unsres Rechts durch eine Gesetzgebung zu einer praktischen Prüfung unsrer bisherigen „verschiedenen“ Rechtsdarstellungen von Theorie und Praxis nach den streng positiven Principien des Rechts der

Gegenwart seit 1860 in der That „drängte“, wenn die, seit der Herrschaft der älteren histor. Schule entstandene Spaltung zwischen Theorie und Praxis nach dem eignen Urteile Savigny's das „Hauptübel“ unsres Rechtzustandes war, — war es da ein Verbrechen in den Augen Windscheid's, dass der Verf. seit 1860 jene Einigungsversuche auf dem Boden wirklich positiver, realer Geschichte mit Hingebung in der That unternommen, welche zudem der Geist unsres vaterländischen Rechts heutzutage geradezu zu diktieren schien? Musste sich nicht der Verf. selbst hiezu umsomehr thatsächlich aufgemuntert sehen, als ähnliche, von gleichen Gedanken wenigstens getragene Erstlingsschriften von W. selbst noch in der 2. Aufl. seiner Pand. (1866 §. 455 Note 29—33, §. 472 Note 5) mit Wärme aufgenommen und allegiert wurden, als W. selbst als hochachtbarer Träger dieser Einigung jedenfalls im einzelnen erschien, als auch später noch fortwährend die einsichtigsten und hochachtbarsten Juristen der neueren Theorie die Resultate des Verf. wenigstens materiell aufnahmen (Note d) und dadurch materiell billigten, als endlich nirgends positiv haltbare Gründe entgegenzutreten schienen?

Warum aber nun W., welcher doch die Erstlingsversuche des Verf. früher selbst öffentlich beehrte, und welchem umgekehrt der Verf. stets mit hoher Achtung begegnete, obgleich derselbe doch selbst diese Einigung zwischen Theorie und Praxis im einzelnen herbeiführt, trotzdem jetzt, nachdem der Verf. dieselben Einigungsversuche auch „principiell“ unternommen, auf einmal (namentlich in der 5. Aufl. seiner Pandekten §. 9 Note 4, §. 198 Note *) dem Verf. die nach seiner Meinung auch „bitteren Worte“ zuruft, dass die Schriften des Verf. generell — deren aus denselben entlehnte Resultate jetzt von W. an andern Stellen als Resultate oder neue Theorien der sie benützenden Theoretiker (Note d), nicht des Verfassers, achtungsvoll hervorgehoben werden, — auf „Beachtung keinen Anspruch machen können“?! — — Welche Endziele verfolgt damit Windscheid vor allem sachlich? Ist das „Recht der Gegenwart“, die mit uns positiv „lebende Geschichte“, welche der Verf. mit strengsten positiven Gründen principiell vertreten hat, nicht geschichtlich? Ist dieselbe nicht das allein geschichtlich Positive? Ist denn das lebende Gewohnheitsrecht, welches W. und unsre Praxis im einzelnen anwendet, nicht auch principiell gegenüber Savigny's „heutigem römischen“ Rechte berechtigt? Auf welch' anderem, zum Ziele führenden Wege glaubt daher W. sich der Sache, der Einigung und dem Geiste unsres vaterländischen Rechtes nähern zu können? Warum doch ohne alles Widerlegen von Gründen den, von der Praxis von jeher geübten, strenge positiven Principien dieses Rechtes der Gegenwart entgegentreten, welche in Einzelresultaten einmütig eine Praxis, ein Windscheid selbst, ja heutzutage wohl die gesamte Rechtswissenschaft thatsächlich und täglich, selbst da anwendet und übt, wo diese Einzelresultate von Savigny's Theorie abweichen? Warum da auf halbem Wege stehen bleiben, u. sollte da nicht schon die Consequenz erfordern, dass, wenn W. diese Resultate der Praxis etc. im einzelnen beachtet, er von selbst auch die aus ihnen resultierenden praktisch-historischen Principien als berechtigt erachten müsste?

Wohl erachtet nun der Verf. einen W. darüber erhaben, dass er den Erfolg wirklich so beabsichtigte, wie ihn herbeizuführen allerdings sein so generelles Absprechen gegenüber jedem objektiven Einigungsversuche zwischen principiell widerstreitender Lehre und Leben des Rechtes sowie zwischen widerstreitenden Einzellehren möglicherweise geeigenschaftet wäre. In seinem äusseren Erfolge würde dies ja ein neuerlicher Versuch eines systematischen Ausschlusses aller und jeder Gründe vom Standpunkte der Praxis von dem, von W. geleiteten Teile der Litteratur, ja zugleich ein Versuch einer Entziehung selbst der Resultate und des litterarischen Eigentumes des ihm unzünftigen Praktikers zu Gunsten eines etwa von ihm allein als zünftig zu erachtenden Kreises sein können, — welcher freilich, indem er diese Litteratur lediglich benützt, selbst gewiss es verschmähen würde, auf solchem Wege jemals fremdes „Eigentum“ für sich zu beanspruchen! — W. nämlich, welcher bekanntlich die Präjudicien der Praxis in sein Pandektensystem verwebt und ebendeshalb von der Praxis, wie früher Seuffert's Pandekten, mit Vorliebe gelesen wird, würde auf diese Weise vor allem der Praxis wie der Oeffentlichkeit überhaupt den Ursprung der, in den Schriften des Verfassers der Methode und Uebung der Praxis abstrahierten leitenden Principien, welche heutzutage in der Rechtsdarstellung wie in der Rechtsprechung vorherrschen, bewusst verschweigen. Wo solche leitende Principien von W. überhaupt erwähnt werden, werden sie von ihm als Geistesprodukte nicht der Praxis, sondern der W. allein genehmen Kreise des romanist. Katheders erwähnt, welcher sie aus den Schriften des Verf. entlehnt (Note d); nur diese Kreise werden somit von W. als Schöpfer der, heutzutage in der Uebung vorherrschenden Prinzipien hingestellt, die Schriften des Verf. dagegen, durch welche diese Principien abstrahiert und vermittelt sind, werden von W. thatsächlich ohne irgend ein Eingehen auf Gründe (diese principiellen Gründe werden ja eben an andern Orten als litterarisches Eigentum der, von W. bevorzugten Kreise mit hoher Achtung erwähnt), ganz generell und schlechthin als „nicht der Beachtung“ wert „öffentlich discreditiert“. In dieser Weise somit würde W. insbesondere der, ihm sich anvertrauenden Praxis direkt raten, eine principielle Rechtfertigung ihrer eignen Rechtsprechung gegenüber der ihr „widerstreitenden“ älteren histor. Schule niemals zu lesen, nie über das eigne Thun principiell nachzudenken, sondern sich blind der Herrschaft des ihm genehmen Teiles des Katheders unterzuordnen. — Dieses in keinem Falle sachliche, vielmehr rein persönliche Auftreten W. gegen die Praxis würde aber an die trübsten Zeiten der unbedingten Herrschaft der Theorie der älteren histor. Schule zurückerinnern, deren eigne hohe Selbstschätzung ja nur die von ihr selbst dargebotenen, selbst auch entlehnte Produkte, niemals aber die einer Praxis und Wirklichkeit „der Beachtung wert“ und für „bedeutend“ zu erachten vermochte. Damit würde für jene verflossene Schule hier etwa beispielsweise auch das 1000jährige Rätsel der antiken röm. possessio mit allen seinen Missständen von einem Praktiker niemals aufgedeckt werden können, sondern für jene würde eine Entdeckung der possessio etwa erst dann

wirklich erfolgt sein können, wenn das längst gefundene Resultat von dem Professor der alten Schule durch Aufnahme in dessen historisches Lehrbuch zur „That" erhoben worden wäre! Im Interesse des Fortschreitens unsres Rechtes wäre ein Wiederkehren ähnlicher Zustände wohl sicher tief zu beklagen: weil Theorie und Praxis zur Rechtsfindung „notwendig" einheitlich zusammenwirken „müssen". Einzig die Praxis ist heutzutage durch Rechtsprechung vor die realen Wirklichkeiten des Rechts gestellt und damit zu Darstellung eines verlässigen geltenden Rechtes im einzelnen befähigt; nicht so der Katheder. Vindiciert sich daher der letztere heutzutage einseitig und ausschliesslich die Theorie des Rechts, d. i. die Rechtsdarstellung, und würde er zu diesem Zwecke die Praktiker wiederholt etwa nach Art W.'s durch List und äussere Mittel, wie etwa die ältere histor. Schule, von Rechtsdarstellung und Litteratur verscheuchen, so würde dies zweifellos der Solidität der pos. Rechtsdarstellung überhaupt, namentlich deren Unmittelbarkeit, Wahrheit u. Wirklichkeit, Abbruch thun „müssen". Eine einseitige, von der Praxis nicht controlierte und unterstützte Theorie würde leicht entweder wieder, wie zur Zeit der Herrschaft der Romantik der älteren histor. Schule, zu antiquarischer oder utopischer Geschichte, oder aber, wie einzelne Ansätze der Neuzeit, zur Phrase, zu jener früher von mir erwähnten „Tyrannei der Phrase" führen, welche noch weit erschreckender sein würde, als eine Herrschaft antiquarischer Romantik. Es würde aber auch umgekehrt eine solche von W. versuchte List die Theorie des Katheders selbst schädigen können. Ein solches Verscheuchen der Praxis von eignem Denken und von der eignen praktischen Litteratur würde, sobald sie entlarvt wäre, die Praxis nur wieder zur Reaktion treiben; sie würde auch W. das von ihm bisher gewonnene Vertrauen wieder entfremden und die Praxis wieder, wie zur Zeit der alten Schule, zu ihren Präjudiciensammlungen etc. zurücktreiben; denn sicher würde, wie sich Niebuhr analog äussert, eine solche „List (der Patricier), klug berechnet für den Augenblick, wenn ihre Wirkung Zeit genug hat, sich zu entwickeln, dem Urheber selbst zuletzt verderblich." Diese List eben würde W. auch die gewonnenen Erfolge wieder entziehen können, während doch sein bisheriges Wirken wie andere Arbeitsgebiete beweisen, dass ein, auf reelle Wahrheit basiertes Wirken beiden Teilen, Theorie und Praxis, ein genügendes Feld zur Verwertung ihrer beiderseitigen Fähigkeiten bietet, ohne dass ein Teil den andern auszuschliessen genötigt wäre. Dem Katheder steht vorwiegend u. a. die Geschichte, das System, dem wissenschaftlichen Praktiker die Realkritik des einzelnen materiellen Rechtes offen.

Dieser verflossenen Richtung indes, welche zu einer neuerlichen Devastierung des erkeimenden, thatsächlich positiven Rechts der Gegenwart führen könnte, gehört ein Windscheid durch seine ganze thatsächliche Vergangenheit niemals an, selbst wenn er von einzelnen Gesichtskreisen derselben sich schwerer trennen sollte. In seinen praktischen Einzelresultaten vielmehr ist er eine hohe Zierde der historisch-„praktischen" Richtung der 2ten Hälfte unsres Jahrhunderts, und in ehrender

Weise erachtet der Verf. W. über eine solche Absichtlichkeit erhaben. — Aber dazu wenigstens nötigt jetzt der hochgeehrte W. den Verf. wider Willen noch immerhin, im Interesse der auch jetzt wieder vom Verf. vertretenen Sache des Rechts und der Einheit zwischen Lehre und Praxis wenigstens die nackte Thatsache zu erwähnen, wie es selbst dem litterarisch hochbewanderten Herrn Professor „entgangen“ ist, dass die Resultate des Verf. seit einer Reihe von Jahren von anderen Koryphäen der Theorie ohne Namensangabe wiedergegeben werden, und wie W. nun ebendieselben als Resultate der andern Theoretiker mit hoher Achtung hervorhebt, während er mit demselben Atemzuge ausdrücklich betont, dass dergleichen Resultate, welche Theorie u. Praxis zu einigen bestimmt und befähigt sein dürften, in den Schriften des Praktikers und Verfassers generell „nicht der Beachtung wert“ sind d).

Wohl muss der Verf. ferner annehmen, dass unter diesen Umständen die „bittere“ Aeusserung Windscheid's dem, wie derselbe glaubt, rein

---

d) Unter solchen Umständen gezwungen darf ich wohl erwähnen: Wie beispielsweise von dem genialen Verf. des Geistes des röm. Rechts, von Ihering — nicht nur die, schon in meinem Flugschriftchen: das prakt. Bedürfnis der Rechtsreform gegenüber der (älteren) histor. Schule vom Jahre 1865 S. 10 gewählte und seitdem durch Ihering's Namen geflügelt gewordene, Bezeichnung der älteren historischen Schule als der „romantischen“ wörtlich seitdem in dessen, in 1. Aufl. im J. 1872 erschienem „Kampf um's Recht“ (5. Aufl. S. 11) gleichfalls angewendet wird — sondern wie auch schon in meiner ebencitierten Rechtsreform von 1865 wohl die eigentlich leitenden Principien, welche Jhering seit diesem seinem Kampf um's Recht (5. Aufl. bes. S. 4—13) dem Rechte der Vergangenheit der historischen Schule gegenüber betont: über Entstehung, Bewegung, Fortdauer, Fortschreiten, Kampf und Spiegelung des objektiven Rechts, sich bereits vertreten finden, (wenn auch die, für das leitende Princip gleichgültigeren, sogen. praktischen Nebenfragen Jhering's: über Bethätigung des Rechtsgefühls, Notwehr, Selbsthilfe, Prozessstrafen, Beweistheorie etc. und die weit anziehendere Form von Jhering neu hinzugefügt erscheint); — ferner, wie ja von mir ebenda, (Rechtsreform 1865 S. 140 ff.), — wenn auch nicht wörtlich die, von Jhering später, und zwar zuerst seit 1868, gegebene Definition der röm. possessio als „Eigentumsposition, thatsächliches, präsumtives Eigentum, Ergänzung des Eigentumsschutzes“, — so doch bereits der geschichtliche „relative“ Eigentumsbegriff der röm. possessio aufgestellt ward. Und sollte denn dies „relative“ Eigentum nicht überhaupt zugleich auch eine „Position“ des (absoluten) Eigentums und eben diese „Ergänzung des (absoluten) Eigentumsschutzes“ etc. sein? Dürften so denn nicht diese Begriffe Jhering's im Grunde nur zum Teil Folgen, zum Teil Umschreibungen desselben, vom Verf. gebotenen techn. relativen Eigentumsbegriffes sein, welche sich bei Jhering nur noch immer

sachlichen und selbstlosen Forschen des Verf. vielleicht erspart geblieben wäre, wenn auch nur diese übrigen hochverehrten Rechtslehrer die Güte gehabt hätten, unter den Vertretern der von ihnen gebilligten Resultate des Verf. hie und da auch den Verf. selbst zu erwähnen. Wohl ist derselbe allerdings „nur Praktiker"; bei der gegebenen Sachlage muss derselbe aber doch doppelt wünschen, die von ihm von jeher, seit $^1/_4$ Jahrhunderte angestrebte Einigung wie Gleichberechtigung von Theorie und Praxis nun auch äusserlich hergestellt sehen zu können; zumal ja heutzutage doch auch der, schon zu Note b geschilderte, frühere gute Glaube der älteren Schule, dass eben nur deren Theorie allein, nicht auch die Praxis oder positive Wirklichkeit positiv sein könne, und dass ihre Schilderung deshalb kaum allegiert werden dürfe, gewiss gerade doch sie wohl kaum mehr so geradezu in ihrem Gewissen beengen und in ihrem Handeln tyrannisch fesseln dürfte.

Sachlich findet sich der Verf. nicht in der Lage, hier Windscheid neuerlich zu entgegnen, vielleicht lösbare Bedenken desselben zu zerstreuen, und überh. mehr zu sagen, als das, was auf principielle Aeusserungen Windscheid's in Nord und Süd wie auf Bemerkungen in dessen früheren Pand. Auflagen bereits in §. 1 Note 37 des Textes vom Verfasser aufzuklären versucht wurde, da Windscheid neuerdings keine Gründe mehr darbietet. In gleicher Lage würde sich ja wohl Herr Prof. Windscheid selbst befinden, wenn der Verfasser etwa beispielsweise seiner wohl kaum geschichtlichen, nicht einer Praxis entnommenen Besitzlehre gleichfalls ohne Angabe von Gründen mit den „nämlichen" Worten W.'s entgegnet hätte, dass sie „auf Beachtung keinen Anspruch machen könne." Einzig die oben erwähnten „Thatsachen" sind es deshalb, welche der Verf. im Interesse der Achtung vor der hier vertretenen Sache des Rechtes hier niederlegen zu müssen glaubt, ohne hier vor dem geneigten, selbst urteilenden Leser näher zu urteilen. Ein sie ehrendes Urteil namentlich darüber, ob die, auch von ihr vertretenen Resultate auf „Beachtung Anspruch machen können", überlässt der-

---

an den „Besitz" als Erwerbtitel „anknüpfen"? — Ich habe ferner (Grünhuts Zeischr. VI S. 407 N. 18) bereits erwähnt, wie unter andern auch der hochgeschätzte, scharfsinnige Kritiker E. J. Bekker seit 1865 gleichfalls eine Reihe meiner Resultate bereits adoptiert hat; so: meine negative Lösung der sog. „Besitztheorien und meine Begründung des Besitzrechts durch die Positivität" des Rechtes überhaupt, gleich dem Begründetsein des absoluten Eigentums, jus in re und jedes anderen pos. Rechtes; vgl. meine Negatorienklage 1873 S. 153 mit Bekker krit. Vierteljahrsschr. 1876 Bd. 18 S. 22; — meine Annahme, das Besitzrecht sei ein dingliches oder ein Sachenrecht, vgl. meine Rechtsreform 1865 S. 154 und Negatorienklage 1873 S. 147 mit Bekker l. c. S. 14, 15, 18 etc.; — meine Auffassung der possessio und des Besitzrechtes als eines relativen Rechtes; vgl. meine Rechtsreform S. 156 und Negatorienklage S 141 mit Bek-

selbe vor allem auch der beteiligten übrigen Theorie. — Ferne sei es von dem Verf., mit diesen, von ihm in keiner Weise geschaffenen, beklagenswerten „Thatsachen“ die alte, längst auszugleichende Kluft zwischen Lehre und Leben etwa von neuem aufreissen und darinnen zwischen beiden von neuem Hader säen zu wollen, der ja im Gegenteile hiemit wieder (wie seit nahezu einem Menschenalter) gewillt gewesen wäre, soweit hiezu dem Praktiker gegönnte Nebenstunden hinreichen, eben diese früher bestandene Kluft mit ausfüllen zu helfen. — Dazu aber möchten diese schlichten Worte nach dem Urteile W.'s noch jetzt beitragen können: angesichts der bevorstehenden nationalen Einigung unsres vaterländischen Rechts möge man auch uns Praktikern eine Teilnahme an den hohen, gemeinsamen, Endzeilen des Rechtes der Gegenwart nicht verargen: Ein allseitiges Zusammenwirken auch seitens der Praxis ist, wie gezeigt, Bedürfnis. Windscheid u. a. selbst verdankt seinen Ruf nicht bloss eignen Resultaten, sondern, abgesehen von den bedeutenden Vorarbeiten der Pandektisten, hauptsächlich der Berücksichtigung der Resultate derselben Praxis, und eine einseitige Richtung der Theorie, welche nicht direkt auf den Produkten der praktischen Wirklichkeit aufbaut, wie eine ältere historische Schule, reicht zur Verwirklichung der vaterländischen Endziele der Gegenwart nimmermehr hin; es bedarf der, seit den letzten Jahrzehnten von vielen Seiten in der That angebahnten neueren historischen Richtung, welche „unparteiisch“ Hand in Hand geht mit den praktischen und positiven Thatsachen des Rechtes der Gegenwart, und so mit der Praxis. — Dazu somit möchten diese Worte noch jetzt beitragen können: jeder rein sachlichen

---

ker l. c. S. 18, 19 und Note *; — endlich erkennt Bekker ebenda das, von mir seit 1865, Rechtsreform S. 140 ff., Negatorienklage 1873 S. 145 ff. als von der röm. possessio unabhängig bezeichnete deutsche Besitzrecht, wenn auch unter dem andern, gleichbedeutenden Namen „Detentionsrecht“ an. — Ebenso hat ferner der, uns leider inzwischen entrissene, treffliche Bruns seit seinen Besitzklagen 1874 S. 292 eben den, von mir 1865 und 1873 aufgestellten Begriff des relativen Eigentums gebilligt, ebenda §. 20 - 24 eine treffliche Geschichte meines, von ihm gleichfalls als Detentionsrecht bezeichneten, eben dargelegten Besitzrechtes geboten, und hat wohl Windscheid selbst in Nord und Süd so manches Princip des Verf. unter anderer Bezeichnung gebilligt. — Endlich ist ja wohl bekannt, wie häufig seitdem sonst der Begriff dieses relativen Eigentumes adoptiert, und wie die, von mir im Jahre 1865 (Rechtsreform S. 118 f.) angeregte Idee eines positiven Rechtes der Gegenwart überhaupt, [welches ich damals zugleich als Recht der (wissenschaftlichen) „Empirie“ bezeichnet], im Gegenhalte zu Savigny's rein röm. Rechte seitdem von manchem anderen angesehenen Juristen, selbst auf Titeln von Zeitschriften, betont wurde. — M. vgl. damit Windscheid P. 5. Aufl. §. 9 Note 4, §. 148 Note 6; Nord und Süd 1878, IV S. 42 ff. etc. —

Forschung einer Wissenschaft als solcher endlich auch im Rechte Achtung und freie Bahn zu schaffen, auch selbst einer praktischen! Dann dürften die letzten Zuckungen des früher klaffenden Risses zwischen Lehre und Anwendung doch „eines und desselben“ organischen Rechtes endlich schwinden, und dürfte vielleicht auch eine oder die andere der hier gebotenen, rückhaltlosen, zudem z. Teil auch von Koryphäen der Theorie anerkannten und unausweichbaren Wahrheiten endlich ohne Nebenrücksichten geachtet werden, selbst wenn sie aus dem Munde eines Richters und Praktikers stammen.

Inhalt.

A. Dualismen der röm. Rechtsbildung im allgemeinen. – Vorfragen und Vorbegriffe.

§. 1. Das Dasein doppelter Gestaltungen desselben Rechtes in Rom überhaupt, entsprechend dem röm. „duplex dominium“: doppelte Rechtssysteme; einzelne Doppelrechte. Nachteile des Verkennens. Praktische Endziele. Bedeutung der r. Rechtsgeschichte für die praktische Auffassung des Rechts. Reformfragen der röm. Rechtsgeschichte 1
§. 2. Princip der antiken gegenüber der modernen Rechtsbildung. — Niebuhr. — 29
§. 3. Vergleichende Rechtsgeschichte des Dogma: der röm. possessio und des germanischen Besitzrechtes. — I. Die röm. possessio ist nicht Besitz, sondern antikes Doppelrecht und Eigentum. Geschichtliche Erscheinungsformen und Beweise . 32
§. 4. II. Wirkliches Besitzrecht: a) Germanisches und romanisches sowie heutiges, nationales und internationales Besitzrecht; Savigny. b) Spuren eines wirklichen Besitzes in Rom. 68
§. 5. Technische Begriffe, welche das Vorhandensein mehrfacher Rechtssysteme sowie Eigentumsbegriffe in Rom im allg. in vorneherein bekunden 100
§. 6. Völkerabstammungeu, welche im röm. Reiche als Träger verschiedener Stammesrechte und Eigentumsbegriffe auftreten 108
§. 7. Unfähigkeit der Stammesgenossen zur Anteilnahme an den Stammesrechten und an dem Eigentume der anderen Abstammungen in Rom 116
§. 8. Nichtgeltung der lex des populus insbes. für die übrigen Volksabstammungnn des röm. Reichs; (doppelte Gesetzgebung Roms). Lex imperfecta. Sanctio 118

B. Die wichtigsten Systeme des vorjust. Rechtes und deren Einfluss auf das mehrfache röm. Eigentum.

I. Stammesrechte.

§. 9—10. 1. Jus publicum (populicum) und privatum als Stammrechte der Patricier und Plebejer wie Fremden überhaupt: — Possessio publica und privata 125
§. 11. Jus civile als neues Stammrecht der vereinigten Patricier und plebes: — Possessio civilis und duplex dominium im allg. 143

II. Röm. gemeines Recht des jus gentium.

§. 12. Bedeutung und Alter 154
§. 13. Erste Anfänge einer Verkehrsvermittlung zwischen den rechtlich getrennten Stämmen Roms durch das jus divinum . . . 159
§. 14. Rechtsquelle des profanen jus gentium. Dessen Verhältnis zum jus naturale: — Possessio naturalis 162
§. 15. Uranfänge des profanen jus gentium und der possessio des jus gentium. — Periode, in welcher die possessio und quasipossessio das gesamte Verkehrsrecht des jus gentium erschöpft. Charakterzüge beider:
1) Dinglicher Charakterzug. — Entstehung der quasi possessio der Servituten und des commercium 175
§. 16. 2) Faktischer Charakterzug. Römisches factum: possessio facti. Römische traditio. Spätere abusive Bedeutung des Wortes factum 192
§. 17. 3) Negativer Charakterzug. Das vim fieri veto der ältesten Interdikte der possessio 209

III. Rechtsmittel des jus gentium und der possessio.

§. 18. Aelteste Rechtsmittel: die interdicta als Verfahren in jure. Späterer Uebergang zur petitio (actio oder judicium) der possessio: Publiciana actio, interdicti actio. Doppelter Eigentumsprozess. Unrömischer Gegensatz eines possessorium und petitorium. Manus conserere. Vindiciae 212
§. 19. Materielle Reformen der lex Aebutia. Materieller Erfolg der actio Publiciana als judicium der possessio, (nicht des Besitzes) 232

C. Die einzelnen Eigentumsbegriffe in Rom.

§. 20. Possessio als ältestes Eigentum der Patricier: — Possessio am ager publicus. Usus 242
§. 21. Possessio als Eigentum des jus gentium, der Peregrinen in Rom und der Provinz. Solum u. fundus. Possessio u. res ipsa. 250
§. 22. Eigentum des jus civile. Civiles commercium; mancipatio, mancipium, dominium ex j. Quiritium, proprietas, civilis possessio; in jure cessio 256
§. 23. Vereinigung der possessio mit dem civilen dominium unter der Umschreibung in bonis. — Fundamentalregeln der r. possessio. — Possessio des Diebes nach röm. Auffassung . . . 267
§. 24. Materielle Ausgleichung zwischen dominium und possessio. Gleichheit insbes. des dominium in Bezug auf den Begriff der Relativität: dominium injustum 276

A.

Dualismen der römischen Rechtsbildung im allgemeinen. — Vorfragen und Vorbegriffe.

Das Dasein doppelter Gestaltungen desselben Rechtes in Rom überhaupt, entsprechend dem röm. duplex dominium: doppelte Rechtssysteme; einzelne Doppelrechte. Nachteile des Vorkennens. Praktische Endziele. Reformfragen der röm. Rechtsgeschichte.

§. 1.

Vor Justinian galt in dem Weltreiche Roms in geschichtlicher Wirklichkeit nimmermehr, wie wir uns dies bisher mehr oder weniger vorstellen, ein einheitliches Recht: Es galt dort vielmehr eine Mehrheit der verschiedensten Rechtssysteme, und deren verschiedene Einzelgestaltungen wurden vollständig erst durch Just. zu einer neuen Einheit „compiliert." — Wollen wir deshalb die Geschichte dieses antiken Weltrechtes überhaupt vollständiger enthüllen, — wollen wir auch nur das einzelne, uns hier zunächst angehende, aus diesen verschiedenen vorjust. Systemen entsprossene Doppelrecht des röm. Eigentumes: das röm. „duplex" dominium[1]) der possessio neben dem dominium ex jure Quiritium, völlig dem geschichtlichen Verständnisse erschliessen, — will so die deutsche Jurisprudenz endlich auf ihren bisherigen geschichtlichen Erfolgen fortschreitend die Wiederentdeckung dieser antiken possessio, dieses in der Erinnerung der Geschichtsforschung des Mittelalters zur Zeit einer Glosse längst in Vergessenheit versunkenen und seitdem von dem Wetteifer der verschiedenen, das röm. Recht pflegenden, Nationen vergeblich gesuchten Ilyon des

1) Ueber den Ausdruck „duplex dominium" v. unten §. 11 Note 23 und 24.

röm. Rechts" 2) vollenden — — so werden wir, ähnlich etwa, wie ein Gajus und die spärlichen, unverändert auf uns gekommenen übrigen Bruchstücke der vorjustinianischen Jurisprudenz selbst, jede einzelne dieser vielfältigen, römischen Doppelrechtsgestaltungen auf dasjenige der verschiedenen vorjustinianischen Rechtssysteme

---

2) Abgesehen von den §. 3 Note 1 allegierten, zuerst seit 1865 (das prakt. Bedürfnis der Rechtsreform etc., Erlangen 1865 S. 140—159) begonnenen Versuchen des Verf., die geschichtliche Eigentumsnatur der röm. possessio nachzuweisen, haben sich in neuester Zeit namentl. folgende Juristen um die Klärung der herrschenden Besitztheorie verdient gemacht: — Ihering in dessen Jahrb. für d. Dogmatik des r. u. d. Privatrechts 1868 Bd. 9 S. 1 ff., (2te Aufl.: Ueber den Grund des Besitzesschutzes 1869) definiert die poss. als: „Eigentumsposition, präsumtives, thatsächliches Eigentum" etc. Ihm gegenüber hat Bruns „die Besitzklagen" 1874 den germanischen Gegensatz der poss., das sog. Detentionsrecht geschichtlich klarer gestellt. Im Uebrigen vgl. auch Brinz, Hauser, Reuling u. a. — Dann folgen vollständigere Negationen der bisherigen Besitzlehre; bes. bei Meischeider, Besitz u. Besitzesschutz 1876: „Das Wesen des röm. Besitzes — einheitlich zu bestimmen ist noch nicht gelungen, eine einheitliche Rechtsidee, als deren Ausprägung der röm. Besitzesschutz angesehen werden kann, noch nicht gefunden"; vgl. dessen Recension von Pernice in Goldschmidts Zeitschr. f. d. g. Handelsrecht 22 S. 415. E. J. Bekker krit. Vierteljahrsschr. 1876 Bd. 18 S. 1 ff. und: „das Recht des Besitzes" Leipzig 1880, bes. S. 236, 365, 366: „Nur auf der vollen Erkenntnis all' der Uebelstände, an denen unser ganzes Besitzrecht, Jus und Doktrin, krankt, dürfen wir hoffen, den Weg zum Bessern zu finden." — „Solange die grosse Masse unsrer Juristen den Glauben festhält an einheitliche Principien etc. des röm. oder des gem. Besitzrechts, werden wir uns aus den in Wahrheit vorhandenen Unklarheiten und Widersprüchen nimmer herausfinden;" neuerdings „Zu d. Lehren von L. A. Sacramento, dem Utipossidetis u. d. Possessio" in Bd. V der Zeitschr. der Sav. Stift f. RG. — Zweifellos wahr ist das Endresultat von Dernburg „Entwicklung u. Begriff des jurist. Besitzes des r. Rechts" Halle 1883 S. 66: Possessio hat „wer die possessorischen Rechtsmittel — geltend machen kann"; nur dürften wir uns damit noch immer zu der Frage gedrängt sehen: welches ist das materielle Recht, welches eben durch diese Rechts-Mittel oder Klagen processual geschützt werden müsste? Erfreulich dessen legislatives Resultat S. 69 mit Bezug auf Pernice Labeo Bd. 3 S. 467. — Eine besondere, wohl durch die Lehre des preuss. Landrechts beeinflusste Stellung nimmt ein: Kindel in den Erläut. von Rassow u. Küntzel (Gruchot) 1877 3. Folge 1. Jahrg. u. ff., und (im wesentl. in einer Wiederholung der früheren Gedanken neuerlich) „die Grundlagen des röm. Besitzrechts. Berlin (Vahlen) 1883"; vgl. unten §. 3 Note 3 a. E.

zurückführen, in dasselbe uns zurückdenken und aus ihm heraus diese Einzelrechte organisch erklären müssen, aus welchen sie entstanden ist: es wird nicht fernerhin angehen, dass wir das antike Recht in seiner Gestaltung vor Just. als die nämliche Rechtseinheit auffassen, welche wir jetzt noch aus Justinians Compilation zu ersehen gewohnt sind! — — Erst nach dieser Ausscheidung dürften wir, anschaulicher und lebensvoller, als bisher, verfolgen können, wie die vielfältigen, äusserlich verschiedenen, materiell identischen Doppelrechte [3]) des röm. Rechts, von welchen das röm. Doppeleigentum des dominium und der possessio uns eben nur ein einzelnes Beispiel bieten dürfte, trotz ihrer materiell gleichen Bedeutung in Rom dennoch früherhin in einer äusseren Verschiedenheit lebendig zu fungieren, wie sie trotzdem verschiedenen praktischen Lebensverhältnissen zu dienen bestimmt waren, wie dieselben in dem einen Rechtssysteme in eine andere äussere Form sich einfügen sowie andern Personen dienen mussten, als in dem andern, — ohne doch materiell ein anderes Recht zu sein. — —

Fragen wir deshalb jetzt zunächt: Welches waren diese verschiedenen **Rechtssysteme** Roms vor Justinian? — In dem antiken Rom wird uns da vor allem ein gemeines (gemeinschaftliches) Recht entgegentreten neben zahllosen persönlichen Parti-

3) Nach dem sofort folgenden Texte würden die hier wiederkehrenden Ausdrücke: „Dualismen, Doppelrechte“ etc. zwar in einem objektiven Sinne allerdings nur bildlich, als Synekdochen, zu verstehen sein; denn im röm. Reiche galten allerdings nicht blos zwei, sondern zahlreiche Rechtssysteme und demzufolge mehrfache gleichbedeutende Einzelinstitute (unten §. 6). Subjektiv dagegen, d. i. in Anwendung auf die einzelne Person, sind dieselben wörtlich berechtigt; denn für die „einzelne Person“ konnte, wie wir sehen werden, in Rom — im Gegensatze zu unserem territorialem Rechtsprincipe §. 2 — nur je ein doppeltes Recht in Frage kommen: ihr Stammesrecht und das allen gemeinsame jus gentium. — Objektiv müssten sich eben deshalb auch regelrecht für dasselbe Rechtsinstitut mehr als 2 verschiedene Namen, (soviel Namen als Rechtssysteme) überliefert finden; wenn dies nicht häufiger der Fall ist, so erklärt sich dies nur daraus, dass in den verschiedenen antiken Rechtssystemen nichtsdestoweniger, trotz äusserer Verschiedenheiten, Rechtsinstitute mit gleichen Namen wiederkehren, obgleich sie beispielsweise nach andern Regeln erworben oder verloren werden; es sind dies die, von dem Begriff des röm. gemeinen jus (gentium) zu unterscheidenden jura communia der Römer; unten §. 5.

cular-Rechten; denn es galt dort für den gegenseitigen Verkehr der verschiedenen Volksabstammungen, civitates und Provinzen vor allem das gemeine oder gemeinsame jus gentium; neben diesem gemeinsamen galt aber für jede einzelne Volksabstammung und civitas wieder ein persönliches jus proprium, nämlich zahlreiche particuläre Stammesrechte, deren ein anderer Stamm nicht teilhaftig werden konnte. Auf diese Weise bestanden in Rom neben dem röm. jus gentium innerhalb wie ausserhalb der Stadt zugleich particuläre Stammesrechte für die verschiedenen Gruppen der röm. Vollbürger, der Mittelstufen und der völlig Fremden: von den Rechten der Quiriten, der Patricier und cives sowie der verschiedenen Latiner bis zu den Rechten der Peregrinen der zahllosen civitates der Provinz und der dediticii herab §. 6, 9—11. — Diese bisher erwähnte Rechtsverschiedenheit Roms würde insoweit eine gewisse Aehnlichkeit mit dem bisherigen Nebeneinanderbestehen unseres territorial geschiedenen, gemeinen und Particularrechtes in Deutschland zeigen, so zwar, dass die Gesetzgebung Justinians sogar zweifellos die gleiche Aufgabe einer Einigung dieser zahlreichen particularen Rechte mit der bevorstehenden nationalen Gesetzgebung Deutschlands gemein hatte.

Damit haben wir indessen doch nur das objektive Nebeneinanderbestehen der verschiedenen Rechtssysteme Roms kennen gelernt, und mit diesem Charakterzuge ist für uns das eigenartige Wesen der antiken röm. Rechtsverschiedenheit doch noch keineswegs erschöpfend gezeichnet. Vielmehr galt in Rom auch subjectiv, d. i. für jede einzelne Person eín verschiedenes Recht. Mit dieser weiteren Rechtsverschiedenheit verhält es sich so. — Während das gemeine Recht Deutschlands ein bloss subsidiäres Recht ist, d. i. einheitlich und „ausschliesslich“ da Platz greift, wo das deutsche particulare Recht eine Lücke lässt, weicht das gemeine röm. jus gentium darin wohl von aller modernen Rechtsbildung ab, dass ein und dieselbe Person mit ihren eigenen Stammesgenossen elektiv nach freier Wahl je nach 2 verschiedenen Rechtssystemen Rechtsgeschäfte abschliesen konnte. Statt also, wie bei uns, ohne willkürliche Wahl nur nach einem einzigen, entweder dem primären partikulären oder dem nur subsidiären gemeinen Rechte, konnten die Römer elektiv 1) entweder nach ihrem eigenen partikularen Stammesrechte, z. B. der civis nach dem jus civile, der Latine nach dem jus Latii, der Peregrine nach dem jus seiner

civitas u. s. w., oder 2) nach dem allen gemeinen oder gemeinsamen Rechte der verschiedenen Volksabstammungen: dem röm. gem. jus gentium oder auch nach beiden zugleich Rechtsgeschäfte eingehen: Verträge schliessen, Eigentum erwerben u. s. w. [4]).

Mit diesen bisher geschilderten verschiedenen „ganzen Rechtssystemen" mussten aber notwendig auch für jedes einzelne Rechtsverhältnis wieder — aus den verschiedenen Systemen stammend — verschiedene **Einzelrechtsbestimmungen:** doppelte Einzelinstitute, doppelte einzelne Rechtsmittel und Rechtssätze bestehen, und auch diese mussten von Justinian mit den ganzen Systemen notwendig für jedes einzelne Rechtsverhältnis besonders compiliert worden sein, damit die Rechtseinheit des Justinianischen Rechts entstehen konnte. — Auf diese Weise treten uns eben noch jetzt in fast allen einzelnen Rechtsverhältnissen des Eigentums, Personenrechtes, der Obligationen etc. jene Doppelrechte (Note 3), jene zum mindesten doppelte, parallele Rechtsbildung und Rechtsanwendung entgegen, welche wir hier in dem röm. duplex dominium des dominium ex j. Quirit. und der possessio (in bonis) näher kennen zu lernen haben werden. — Das Eingreifen dieser verschiedenen vorjustinianischen Doppelrechte in das Rechtsleben der Römer war selbst zur Zeit Justinians noch immer ein so mächtiges, dass selbst noch ein Justinian, welcher dieselben doch compilierte und einigte, sich nichtsdestoweniger genötigt sah, sie in seiner Compilation mit ihrem doppelten Namen stehen zu lassen; sonst hätte das damalige, unmittelbar zuvor häufig nur je einen dieser Doppelnamen zur Anwendung bringende Rechtsleben dieser Compilation kaum das erforderliche Verständnis entgegengebracht. Umsomehr aber werden nun wir, die wir den Grundbedingungen der vorjustinianischen Rechtsverschiedenheit, dessen geographischen wie persönlichen Verhältnissen ferner stehen, diese geschichtlichen Doppelbegriffe, diese possessio neben

---

4) Darauf bezog sich u. a. im allg. Gajus I §. 1 (§. 1 J. 1, 2) populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure (i. e. jure gentium) utitur. Im Einzelnen erklärt sich hieraus z. B. die freie Wahl des plenus dominus (zugleich Eigentümer nach jus civile und jus gent. §. 5) zwischen dem interdictum des jus gent. und der actio des j. civ. §. 18. Ferner die gleichzeitige Anwendbarkeit der stipulationes des jus gent. für cives, obgleich für diese eine besondere stipulatio civilis in der röm. sponsio bestand; Gajus III §. 93 juris gentium sunt, itaque inter — cives R. sive peregrinos valent; vgl. II §. 40, 41. etc.

dem dominium etc., niemals verstehen, ohne ihre geschichtlichen Grundlagen: die Rechtsverschiedenheit des antiken Weltreiches überhaupt sowie die verschiedenen einzelnen vorjustinianischen Rechtssysteme, übersichtlich zu kennen, auf welche dieselben zurückzuführen sind.

Um uns nun vorläufig verlässiger auch über das Dasein anderer solcher einzelner Doppelrechte, abgesehen von dem röm. duplex dominium, und zwar noch selbst in der Just. Compilation wie in der sonstigen röm. Ueberlieferung, im allg. zu vergewissern, wird es uns jetzt obliegen, kurz deren Vorhandensein in den verschiedensten Lehren des Rechtes uns wenigstens in Beispielen übersichtlicher vor Augen zu führen.

So berichten die röm. Ueberlieferungen beispielsweise im Personenrechte, in der röm. Ehe, noch von mehrfachen Instituten: von einer patricischen confarreatio neben einer plebejischen coëmtio, sodann von einem matrimonium legitimum neben der Ehe des jus gentium: dem Concubinate [5]). Hieraus legitimi liberi neben den liberi naturales, Verwandte nach jus civile überhaupt: agnati neben den Verwandten des jus gentium: den cognati [6]). Diese Ueberlieferungen wissen ferner von einer quiritischen tutela neben der cura des jus gentium [7]), von einer civilen manus neben der, auch den Peregrinen zugänglichen potestas [8]); von einer Sklaverei nach dem jus civile neben einer solchen des jus gentium, d. i. von dem civilen mancipium neben der servitus des jus gentium [9]).

Im Sachenrechte finden sich, — abgesehen von dem dominium ex j. Quirit. neben der possessio des j. gent. und den Mittelbegriffen der pro-

---

5) Gajus I §. 112, 113, 76 mit Puchta Curs. III §. 287. Die Angehörigkeit des Concubinates an das jus gentium beweist dessen Eintritt zwischen einer Clientin und dem patronus, bei dem civis in der Provinz, die Entstehung von naturales liberi l. 7 pr. u. §. 3 l. 2, 5 D de concub. 25, 7 etc.

6) l. 4 §. 2 i. f. D. de grad. 38, 10 Gajus III, 10; I 155, 158.

7) Isidor 5, 9: jus Quiritium est proprie Romanorum, quod nulli tenent, nisi Quirites, id est Romani; tanquam de legitimis hereditatibus, de cretionibus, de tutelis, de usucapione, quae jura apud nullum alium populum reperiuntur, sed propria (vgl. §. 5) sunt Romanorum, mit Gajus I §. 193, 198, 200, 155.

8) Nur nicht fremden Stammgenossen gegenüber Ulp. fr. X §. 3 und nicht von gleicher Beschaffenheit Gajus I §. 52, 54, 55 (fere talem potestatem), dagegen I §. 108.

9) Gajus II §. 65, I §. 119: mancipationis jus proprium civium Romanorum; bezüglich der servitus vgl. §. 15 Note 9.

prietas etc. [10]), — Unterscheidungen zwischen res mancipi und nec mancipi, zwischen den Vermögensbegriffen des aes des populus der Patricier [11]), der plebejischen pecunia [12]), dem quiritischen patrimonium und den bona (in bonis) des jus gentium [13]); dann eine civile mancipatio und in jure cessio neben der traditio und occupatio des jus gentium, eine quiritische usucapio neben der longi temporis praescriptio der Provinz [14]); das civile quasi-dominium juris oder servitutis und die in jure cessio servitutum [15]) neben der quasi-possessio und quasi-traditio servitutum; die civile fiducia neben dem pignus des jus gentium und der hypotheca mit dem Wortklange der griechischen Provinz.

Im Erbrechte: das wahrscheinlich patricische testamentum calatis comitiis und in procinctu neben dem späteren civilen testamentum per aes et liberam und den testamenta der einzelnen civitates, während zwischen cives und Peregrinen gegenseitig eine testamentifactio überhaupt nicht bestand [16]). Die quiritische cretio und hereditas [17]) neben der prätorischen bonorum possessio und den ursprünglich wohl peregrinen Codicillen [18]); das civile legatum [19]) neben den, bis auf Hadrian den Peregrinen zugänglichen Fideicommissen [20]).

Im Obligationenrechte: obligationes naturales (§ 14) neben den civiles, das civile nexum neben den unzählichen Contracten aus dem jus gentium [21]) und den für die cives unklagbaren, durch den Prätor nur ausnahmsweise klagbar gestalteten pacta der Peregrinen (vgl. § 5 Note 6). Eine stipulatio des jus civile: die sponsio, während alle übrigen Stipulationen: die fidepromissio, fidejussio etc. dem jus gentium angehören [22]).

---

10) unten §. 22.

11) Festus s. v. vectigal §. 15 Note 11 u. §. 9.

12) Puchta Curs. I §. 40 Note e.

13) unten §. 5 u. 23.

14) Gajus II §. 65, 66, 31 I §. 119, Fragm. Vatic. §. 47 a. E. Isidor oben Note 7; c. un. C. de usucap. 7, 31; vgl. (§. 3 N. 25), §. 16 N. 28, §. 22.

15) unten §. 3 N. 20 mit Gajus II §. 29—33.

16) Gajus II §. 101—104, §. 110 erwähnt einen Ausnahmsfall, §. 218 a. E. I §. 25, 24, 23; § 1 und 2 J. 2, 10; Ulpian. fr. XIX §. 12—14, XX § 1; Savigny Syst. III S. 218 § 127 A. Dass die Peregrinen für ihren Stamm testiren konnten, ergibt Ulp. XXII §. 1, 2, XX §. 14 (unten §. 10 Ziffer 6).

17) Ulp. fr. XXII §. 1, 2, 3, 25, Isidor 5, 9 (vgl. Note 7).

18) pr. J. de codic. 2, 25.

19) Gajus II §. 218 i. f. §. 224. Ulp. fr. XIX §. 17.

20) Gajus II §. 285: peregrini poterant fideicommissa capere et fere haec fuit origo fideicommissorum, I §. 24; vgl. §. 1 J. de fideic. 2, 23.

21) §. 2 i. f. J. de jure nat. 1, 2, Hermog. l. 5 D. J. et J. 1, 1.

22) Die sponsio ist nach Gajus III §. 93, 119, 179 a. E., — den ohnehin nicht privatrechtlichen Ausnahmsfall in III §. 94 abgerechnet, —

Quiritische Bürgen: praedes [23]) neben den vades oder dem vadimonium und den adstipulatores, adpromissores, fidejussores des jus civile und gentium. Unter den Litteralcontrakten: transscriptitia nomina des jus civile, arcaria nomina des jus gentium und chirografa et syngrafa als proprium genus obligationis peregrinorum [24]).

Am üppigsten wuchern diese Gegensätze im Prozesse. Schon generell stehen sich hier einerseits die Grundzüge des judicium oder der actio als ursprüngliches Privilegium für populus und cives, anderseits das „jus“ vor dem Beamten (in jure), ursprünglich den unprivilegirten Nichtcives ausschliesslich zugänglich, entgegen; später: judicia legitima für cives neben judicia imperio continentia bei Beteiligung von Peregrinen. Unterscheidungen von legis actiones, legitimae actiones, vermittelnden prätorischen actiones und den interdicta des jus gentium; andere Unterscheidungen von actiones, vindicationes, petitiones, condictiones, persecutiones. Besondere Geschworne für cives in den judices neben den recuperatores auch für Peregrinen [25]). Eine Prozessvertretung durch einen civilen cognitor [26]) neben dem unzweifelhaft dem jus gentium angehörigen procurator [26 a]). Eine Fristenberechnung nach jus civile, die computatio civilis, neben der naturalis computatio des jus gentium. In der Festsetzung der Gerichtstage: das dies petere der solennen und stabilen civilen dies fasti bei den Pontifices, deren Bekanntwerden das jus Flavianum [27]) vermittelte, neben der jedesmaligen besondern Festsetzung der Gerichtstage mit Peregrinen: dem status dies cum hoste des Festus. — Am überraschendsten ist hiebei die Verdoppelung der einzelnen Rechtsmittel; fast in jedem dinglichen etc. Rechtsverhältnisse steht für die gleichen Zwecke ein interdictum der actio (judicium) gegenüber [28]).

---

ein jus proprium civium; deshalb muss die, durch Just. überlieferte Stelle Papinians l. 1 D. de legib. 1, 3, welche von einer „communis“ (vgl. §. 5) republicae sponsio spricht, wohl interpolirt sein; vgl. unten §. 8 Note 1.

23) unten §. 10 Z. 3.

24) Gajus III §. 132—134. Varro L. L. VI 74 mit § 10 Z. 3 unten.

25) darüber unten §. 18, 19, Rudorff r. Rg. II §. 3 etc. etc.

26) Eisele Cognitur und Procuratur 1881 §. 4 und 5 S. 11 ff. Gajus IV §. 83, 84; fragm. Vat. 329, 318; andre Formen Rudorff l. c. II § 17.

26 a) Wohl von pro-curatore abgeleitet, welch' letzterer dem jus gent. angehört N. 7.

27) unten § 13 N. 12. Pomp. l. 2 §. 6, 7 D. de orig. j. 1, 2. Rudorff r. Rg. I § 95.

28) vgl. § 18 N. 5, § 10 N. 9; meine Negatorienklage S. 94, 95. Beispiele: ein interdictum de arboribus caedendis neben einer legis actio aus den XII Tafeln; ein interdict. de tabulis exhibendis neben der actio ad exhib.; dem interdict. quod vi aut clam entspricht quellenmässig zum

Endlich selbst im Strafrechte begegnen sich delicta publica und privata, und eine poena publica und privata [29]), von welchem die delicta privata zugleich ausdrücklich dem jus gentium angehörig bezeichnet werden [30]); im Einzelnen eine vis publica neben einer vis privata, ein incestus juris gentium neben einem incestus civilis [31]) etc. etc. — —

Damit haben wir in flüchtigem Ueberblicke das Vorhandensein solcher doppelter Rechtsgestaltungen in Rom im allgemeinen kennen gelernt. — Eine ausreichende, geschichtliche Erklärung derselben nun ist von uns bisher noch kaum versucht worden [32]). Man beschränkte sich bisher vielfach, zumeist verleitet durch die röm. Begriffe jus naturale und gentium, auf Speculationen, und wir bewegen uns deshalb z. Z. nicht bloss mehr oder weniger über die pragmatische Bedeutung dieser Doppelrechte selbst in einem Dunkel, sondern auch über die Gründe der Geschichte, welche sie in dieser Fülle schufen. — Dieses bisherige Misskennen musste aber so nicht bloss das klare Verständnis der Geschichte des überlieferten röm. Rechts selbst beeinträchtigen, sondern noch mehr: weil das letztere von uns

---

Teil die act. l. Aquiliae; eine actio wie ein interd. de via publica; actio Serviana neben dem interdict. Salvianum; interdict. fraudatorium neben der actio Pauliana; interd. de alterutero neben der actio communi dividundo; neben den verschiedenen interdicta de possessione die actio Publiciana; die zahllosen interdicta der einzelnen Servituten neben ebensovielen einzelnen actiones „de servitute“: usus fructus, de itinere etc. — Neben den civilen actiones werden interdicta vom Prätor gesondert fortgebildet. Schmidt das Interdiktenverf. d. R. 1853 S. 299 ff. 306 f. etc. etc.

29) §. 9 und 10 Z. 7.

30) l. 1 §. 4 bis l. 3 D. de J. et J. 1, 2.

31) l. 5 §. 1 D. de condict. s. c. 12, 7 mit l. 38 D. ad l. „Juliam“ 48, 6; bes. l. 38 §. 2, 9. Vgl. Dirksen Rheinisches Museum I 1827 S. 40 u. überhaupt S. 28 ff.

32) Der Tod Niebuhrs hat hierin wohl berechtigte Hoffnungen auch für das Recht zerstört; vgl. §. 2. Ein erster Anfang der geschichtl. Beachtung der „Doppeltheit“ oder Verdoppelung des röm. Rechts etwa bei Puchta Curs. I §. 84, welcher jedoch die Idee einer einheitlichen Rechtsbildung Roms noch nicht consequent verlässt (Note 33), insbes. auch noch zwischen röm. (particularen) Peregrinenrecht und (gemeinen) jus gentium nicht unterscheidet. Ihering Geist des r. Rechts II, 2 § 46 betrachtet diese Doppelrechte als die Gegensätze eines „Formalismus und einer Formlosigkeit.“ — Eingehendere Versuche beziehen sich auf specielle Lehren; z. B. das röm. jus civile und gentium etc. unten §. 12 Note 1.

als geltendes unmittelbar anzuwenden versucht wurde, auch selbst das Verständnis unsres eignen lebenden Rechts.

1) Vor allem musste es ohne Zweifel dem geschichtlichen Einblicke in das antike Recht Abbruch thun: Man begriff da nicht den doppelten, parallelen Glanz der röm. Rechtsentwicklung. Wenn man auch zumeist richtigerweise diese Doppelrechte für mehr oder weniger materiell gleichbedeutende Institutionen hielt, — beispielsweise das legatum neben dem röm. fideicommissum, die röm. actio neben dem interdictum etc., — so musste man doch wenigstens, um an einer vermeintlichen Einheit, an der irrtümlichen Idee einer Entwicklung des Just. Rechts von nur einem einzigen vorjustinianischen Rechtssysteme aus, festhalten zu können[33]), stets entweder eines der beiden gleichzeitigen Doppelrechte, — etwa zumeist, schon seiner absonderlichen starren Form zu Liebe, das civile, — zu dem älteren, das parallele Institut des jus gentium dagegen zu dem jüngeren stempeln, oder umgekehrt. Oder man musste da vollends diese Verdoppelung des Rechts als eine, doch wohl in der That gleich sonderbare, unglaubliche wie unmögliche blosse „Laune“ der röm. Rechtsbildung sich erklären;

---

33) Illustrationen hiefür dürften sich in den Schriften unsrer besten Juristen finden. — Zumeist ist diesen das jus civile das ältere, das jus gentium das jüngere; z. B. Savigny Syst. I S. 109—110. Puchta Curs. I § 84. — Savigny R. des Bes. 6. Aufl. S. 59: dass possessio „ein bloss natürliches Verhältnis ist, — braucht durch keinen Zusatz ausgedrückt zu werden. — Diese Detention aber wird unter gew. Bedingungen ein Rechtsverhältnis, — dann heisst sie „civilis“ possessio“! Syst. II S. 40—41: die Peregrinen „hatten nicht bloss naturales obligationes, sondern auch civiles“! — Puchta Curs. I §. 84: „so war es eine natürliche Ansicht aller Völker, dass Vorträge gehalten werden mussten. — Bei den unerlaubten Handlungen konnte man sich sofort nach dem Jus civile richten“! I §. 44 II § 235: mit der plebs entstand ein Privatrecht neben dem öffentlichen Rechte in Rom! — Privatrecht finden wir zuerst nur an beweglichen Sachen etc. Sonstige Missdeutungen der Worte jus publicum und privatum vgl. § 9 bes. Note 4 und § 10. Ebenda spricht Puchta von einer Zeit, wo das jus civile dem „Gesichtskreise“ der Römer genügte; (dies würde für die Zeit vor Entstehung des jus civile eine Lücke lassen). — Bruns Encyclopädie von Ersch und Gruber Bd. 57 S. 213: In Rom fehlte es anfangs ganz an Elementen zur Bildung eines Gegensatzes von gem. und particulärem Rechte. Diese entstanden erst allmälig im Verlaufe der Republik. — Keller röm. Civ.-Pr. §. 22 erachtet die interdicta als eine „Ergänzung des Systems der (civilen) legis actio“! — Vgl. §. 7 N. 1 etc. etc.

so z. B. wenn man für ganz den nämlichen Anspruch nach Belieben: bald eine legis actio, bald eine prätorische actio, bald ein Interdikt, oder für ganz das nämliche gleich schwere Verbrechen: nach „Belieben“ alternative eine poena publica oder eine poena privata[34]) gegeben vorfand! — — Kurz man verstand so nicht das innere Getriebe der vorjustinianischen Rechtsbildung, ja man erkannte nicht einmal, warum Justinian dies Recht seiner Zeit überhaupt compilieren, d. i. codificieren musste; wie seine Gesetzgebung so eine ähnliche culturgeschichtliche Mission der Einigung von gemeinem und particularem Rechte erfüllte, welche Deutschland eben jetzt zu erfüllen obliegt, dessen herrschende Schule doch selbst eine Zeit lang, aus Verehrung für eben dieses, selbst ähnlich codificierte Justinianische Weltrecht, den Beruf unsrer Zeit zu einer gleichen Codification leugnen zu dürfen vermeinte, zu einer Mission, welche zudem die Gesetzgebung anderer fortschreitender Länder, z. B. Frankreichs durch Vereinigung seines droit éerit und seiner coutumes, Italiens u. s. w. längst zum Frommen des Rechtslebens erfüllt hat.

Mit diesem Verkennen des mächtigen treibenden Motives, aus welchen auch nur die vorliegende eine Doppelgestaltung des röm. doppelten Eigentums entstand, ist somit vor allem ein grosser rechtsbildender und principieller Grundzug der Geschichte des antiken röm. Staats- und Rechtslebens in seinem zwingenden leitenden und rechtsbildenden Principe für das Civilrecht unsrer praktischen Anschauung der Sachlage überhaupt entgangen; ein Princip, durch dessen Beachtung unsre Zeit erst jetzt in der Lage sein wird, die geschichtlichen Ueberlieferungen Roms vollständig zu durchdringen, und ein Grundzug, von welchem aus betrachtet wie mit einem Male jene unzähligen antiken röm. Doppelgestaltungen vor unsren Augen sich von selbst zu parallelen und durchsichtigen Systemen gliedern, wieder Leben und reale Bedeutung gewinnen werden. — Diese eine röm. Doppelrechtsüberlieferung des dominium und der possessio dürfte so als blosser einzelner Ausfluss eines bisher unbeachteten tieferen Grundzuges des antiken röm. Rechts unwillkürlich vor allem auf das Bedürfnis einer materiellen Kritik und einer Reform der bisherigen Geschichte des röm. Rechts von diesem Grundgesetze aus hinweisen, insoweit die bisherige Geschichtsforschung diese doppelten Rechts-

34) Beispielsweise l. 10 §. 1 D. de vi publ. 48, 6 mit l. 2 D. de vi priv. 48, 7; vgl. unten §. 10 Note 20; §. 9 N. 9.

gestaltungen des antiken Rechts bisher überhaupt noch nicht beachtet hat, sowie eben zu der Ueberzeugung, dass eine principielle Zerlegung des röm. Rechts in seine vorjustinianischen Grundsysteme, ganz ebenso wie die, welche sich noch bei einem Gajus wie der vorjustinianischen Jurisprudenz überhaupt zeigt, eine conditio sine qua non einer Erklärung, eines lebensvolleren Verständnisses des röm. Rechts überhaupt sein werde.

2) Aber nicht allein unsre geschichtliche Erkenntnis trübte dieses Misskennen der röm. Doppelrechte; dasselbe dürfte vielmehr hie und da auch selbst direkt die Darstellung des Dogma des heutigen, vor allem eine lebensvollere Darstellung des heutigen gemeinen Rechts in Deutschland geschädigt haben. Der Romanismus nämlich schuf seit dem Mittelalter aus den, zwar vor Justinian formal in verschiedene Systeme geschiedenen, durch ihn aber geeinigten und seitdem zumeist völlig gleichbedeutenden Doppelrechten vollends hie und da selbst neue, unter sich materiell verschiedene heutige Rechte desselben heutigen Rechtssystemes! — Dann aber entstanden jene, nicht etwa bloss geschichtlich, sondern zugleich praktisch folgenreichen Irrtümer und mittelalterlichen Märchen, von welchen für uns das interessanteste wohl eben die nachrömische, bereits aus der Zeit der Glosse datierende Missdeutung des, uns hier zunächst angehenden doppelten röm. Eigentums, namentlich der Misskennung der röm. possessio selbst sein dürfte. Denn aus dem röm. dominium gestaltete germanischer wie romanischer Romanismus jetzt sein alleiniges modernes „Eigentum", aus dem zweiten röm. Eigentumsbegriffe possessio dagegen gestaltete derselbe den, für das röm. Recht völlig fremden und neuen dinglichen „Besitzbegriff"[35]), welcher doch von dem röm. Eigentumsbegriffe possessio systematisch verschieden und nur aus germanischer oder auch indogermanischer Quelle ersprossen wie verständlich ist! Und wie diese possessio stempelte man auch noch eine Reihe zusammenhängender röm. Institutionen zu neuen, unrömischen Begriffen; so z. B. die röm. Eigentumsüberlassung der apprehensio, bestehend aus originärer occupatio und derivativer traditio,

---

35) Auch hier wiederhole ich, dass im Rechte unter dem Begriffe „Besitz" schlechthin, soweit der Begriff nicht etwa als Erwerbtitel oder mit dem Beisatze „faktischer" Besitz gebraucht ist, stets das Besitzrecht zu verstehen ist; vgl. mein heutiges positives u. n. Besitzrecht, Berlin 1880 §. 1 N. 1 sowie unten §. 5 f.

zu einem germanischen „Besitzerwerb“, das völlig verschiedene röm. factum und corpus zur Thatsache des heutigen faktischen „Besitzes“ (§. 16), das röm. Interdikt des relativen Eigentümers zu dem heutigen possessorium u. s. f.

Denken wir uns eben deshalb diese zweifachen Nachteile des Verkennens unserer röm. Doppelrechte für Geschichte wie Dogma in ihren Wirkungen auf die einzelne Besitzlehre wie auf das Dogma des grösseren Ganzen unsres Rechts concentriert, so dürfte sich uns folgendes ergeben.

Für die einzelne Lehre der röm. possessio war, ohne von der parallelen Doppelrechtsgestaltung des röm. duplex dominium auszugehen, vor allem ein volles geschichtliches Verständnis niemals möglich. Es wäre so kaum möglich, den Begriff der röm. possessio an und für sich, d. i. — selbst wenn wir ihn richtig als ein Eigentum erfasst haben würden, — aus sich allein vollständig zu verstehen; geschweige, wenn wir uns unter ihm ein ganz anderes Recht vorstellen. Was würde es uns z. B. selbst in ersterem Falle nützen, wenn wir wüssten, dass das Eigentum der possessio in den XII Tafeln als usus erwähnt wird, dann etwa im 6. Jahrhunderte der Stadt mittels einer „actio“ des possessor, der Publiciana, ausgestattet erscheint, dass es endlich in der classischen Periode uns mit „in bonis“ umschrieben entgegentritt, ohne dass wir wüssten, was ausser ihm noch ein zweites vorhandenes Eigentum in Rom bedeuten sollte, das dominium; ohne dass wir es seinem Gegensatze, diesem civilen Eigentume, gegenüberstellen, ohne das supplere und corrigere dieses starren civilen dominium ex j. Quirit. mittels der freieren Bewegung der possessio, des Eigentums des jus gentium, ohne das Bedürfnis dieses weiteren Eigentums für die rechtlich getrennten Volksstämme Roms überhaupt zu kennen? Deshalb dürfte es sich erklären, warum wir in der That trotz aller unsrer Geschichtlichkeit in unsrer Musterlehre noch keine Geschichte der röm. possessio haben dürften. Wir wiederholen deshalb hier nur von andern längst gesprochene Worte, wenn wir sagen: selbst unser Meister der Geschichte, selbst ein Savigny hat uns bisher nur eine Litterär-, nicht aber eine Dogmengeschichte der röm. possessio überhaupt zu hinterlassen vermocht, nicht eine Dogmengeschichte, welche deren Aufgabe und den eigentlichen Zweck ihrer Entstehung sowie deren allmälige Entwicklung klar und übersichtlich ersehen liesse; selbstverändlich; denn ohne Erfassung des röm. Doppeleigen-

tums schon musste auch Savigny eine Geschichte der röm. possessio unausführbar sein. — Ebenso musste aber Savigny selbstverständlich nicht minder, wie im Dogma des röm. Rechts zu einer falschen Darstellung des röm. Eigentumsbegriffes possessio, so auch zu einer falschen, ungeschichtlichen Construktion des, nur aus nichtrömischer Quelle verständlichen, germanischen Besitzrechtes gelangen; denn auch das, von dem Eigentume überhaupt systematisch verschiedene, heimische Besitzrecht konnte selbstverständlich doch niemals unter einen röm. Eigentumsbegriff possessio vergewaltigt und durch ihn erklärt werden! Der dogmatische Erfolg war daher, wie wir in §. 4 ersehen werden, dass Savigny, welcher den Besitz auf die rein römische possessio zurückführen zu können wähnte, niemals eine röm. possessio, diesen röm. Eigentumsbegriff in der That anwendete; dass derselbe vielmehr selbst begrifflich stets nur das, dem röm. Rechte fremde, germanische Besitzrecht, — wie es kein anderer, als der ihm vorausgehende, von Savigny selbst bekämpfte „usus modernus“ entwickelt hatte, wenn auch grundlos auf einzelne sporadische Fälle dieses Besitzrechtes eingeengt — anwendete; auf einzelne Fälle nämlich beschränkt, welche sich die Römer zufällig mittels einer Eigentumsübertragung der possessio construirt hatten (§. 3): auf die Fälle des Präcaristen, Sequester, Pfandgläubigers und Emphyteuta, während im übrigen von Savigny das ganze sonstige Gewohnheitsrecht des heimischen Besitzrechts teils gestört teils grundlos vernichtet wurde (§. 4).

Mit diesen Nachteilen in der „einzelnen“ Besitzlehre aber dürften die Nachteile des geschichtlichen Misskennens der röm. Rechtsgestaltungen für das Dogma der Gegenwart kaum erschöpft sein. Wohl gehen diese weiter und beeinflussen dieselben das Ganze des Dogma unsres heutigen Civilrechts, so dass wir vielleicht sagen dürfen: Auch selbst der Kampf um die Unabhängigkeit so mancher Partien unsres eignen positiven, nationalen wie internationalen Civilrechts dürfte entscheidend vielfach nur auf dem Boden der röm. Rechtsgeschichte ausgefochten werden können. Denn nur, wenn wir, ganz wie in der Besitzlehre, die Grundverschiedenheiten mancher, bisher angewendeter, vermeintlich bei uns positiver, doppelter wie sonstiger röm. Rechtsgestaltungen von den unsrigen auf dem Wege der röm. Rechtsgeschichte anschaulicher ersehen haben werden, werden wir die positive Berechtigung und Unabhängigkeit so manchen

eignen Rechtes der Gegenwart gegenüber diesem antiken achten und verstehen lernen. Auch in dieser Weise somit dürften wir die Wiederentdeckung des Veronesischen Gajus wie die sonst vorhandenen Bruchstücke vorjustinianischen Rechtes erst jetzt für uns vollständiger praktisch verwerten müssen! —

Hier somit noch zwei Fragen: einmal warum wir — selbst vom Standpunkte der Praxis und der praktischen Erfassung des Rechts — und zweitens wie wir — Rechtsgeschichte werden treiben müssen?

Warum selbst die praktischen Bestrebungen der Gegenwart noch jetzt der röm. Rechtsgeschichte bedürfen? Selbstverständlich nicht, um wieder veraltetes Recht als geltendes darzustellen, wohl aber umgekehrt, um das positive, geschichtlich lebende Recht von der antiquarischen Missdeutung[36]) zu befreien. — Schon jetzt ist Jurisprudenz der zweiten Hälfte unsres Jahrhunderts an einem allgemeineren Aufschwunge einer wissenschaftlich-praktischeren Periode, an den positiv geschichtlichen „Wirklichkeiten" des lebenden Rechtes der Gegenwart wieder angelangt[37]), in welchen sich

---

36) Ich habe diese Seite der rechtsgeschichtlichen Forschung schon früher mit „historischer Kritik" bezeichnet.

37) Unerfasslich ist mir, wie Windscheid als „Historiker" sich den, von mir der heutigen Praxis oder der positiven Wirklichkeit sachlich abstrahirten und für die Gegenwart wohl allein wirklich „geschichtlichen" Principien noch jetzt äusserlich verschliessen zu können vermeint, obgleich er dieselben doch im einzelnen in seinem praktischen P. Lehrbuche täglich anwendet, obgleich ferner dieselben Principien in der Theorie, zwar nicht der Zeit Savignys, wohl aber heutzutage, längst allgemeinere Bethätigung finden, und obgleich endlich W. doch auch einer sonstigen Jurisprudenz äussere Beachtung zollen muss, welche, wie er selbst (Nord und Süd IV 1878 S. 44 wie in Biographieen) besagt, keineswegs unbedingt den Principien der älteren histor. Schule huldigt, wie z. B. einem: Wächter, Bruns, Ihering. — Wie vermöchte aber W. das im „Principe" mit Grund zu bekämpfen, was er im Detail täglich verwertet? — W.'s einziges Gegenargument in früheren Pand.-Aufl. §. 9 Note 4 ist: der von mir damals gelegentlich betonte elementare Satz: das spätere Recht (d. i. das reiche, von Savigny unbeachtete, allein von der Praxis gepflegte Gewohnheitsrecht des gemeinen Rechts) hebe das frühere (rein römische etc.) auf, sei „noch nie von jemandem geläugnet worden." Aber wenn der Satz so zweifellos einfach und wahr ist, sollte denn in der That ein Tadel umgekehrt „den Verf." treffen können, welcher auf die Verletzung dieses positiven Satzes aufmerksam machte, und nicht vielmehr eben diese frühere

die Lehre und dieses thatsächlich geschichtliche Rechtsleben der Gegenwart: Theorie und Praxis zu einer wahren und allein posi-

Richtung, welche dagegen selbst systematisch verstossen haben dürfte!? — Und war es denn nicht ein, in der Wirklichkeit concludenter, systematischer Verstoss durch die That, wenn unser grosser Meister Savigny, (abgesehen davon, dass er auch gelegentlich — Zeitschr. f. gesch. Rechtswissenschaft Bd. I 1815 S. 6 — unser Recht ausdrücklich als durch die gesamte „Vergangenheit“ der Nation gegeben bezeichnete), thatsächlich aus röm., canonischen und älteren Reichs-Gesetzen allein, — somit im Resultate einzig aus überliefertem Rechte, — sein System eines „heutigen positiven“ Rechts aufbauen zu können vermeinte; wenn er ferner in seiner Musterlehre vom Besitze aus dem antiken „Eigentumsbegriffe“ possessio, welchen er selbst als solchen: als bonitarisches, als Provinzialeigentum etc. anerkannte, — und zwar aus welch' anderem Grunde wohl, als weil eben „dies geschichtliche Recht“ als solches schon ein positives sei? — den heutigen, vom Eigentum doch systematisch verschiedenen „Besitz“ darstellte; wenn er so durchgängig die positive lebende Geschichte, besonders das üppige heutige Gewonheitsrecht des gem. deutschen Rechts, welches die heutige Praxis zum Teil noch gerettet, wie den mehrfach zugleich geschichtlich begründeten früheren usus modernus (diese, wie wir sehen werden, zum Teil nationale, zum Teil internationale, zugleich „geschichtliche“ Arbeit von Jahrhunderten) zu vernichten drohte, ja wenn er selbst in den sporadischen Einzelfällen, in welchen Savigny das positive Erwachen eines modernen Rechts wirklich anerkennen musste, in den Begriffen der Ehre, Infamie etc., dessenungeachtet die Darstellung eines heutigen positiven Rechts vollständig vermied und so die ratlose Praxis sich selbst überliess? — Zu schweigen davon, dass eben damals andere Koryphäen der älteren historischen Schule noch weit mehr, als Savigny selbst, statt positiver Pandekten und Einzelmonographien geradezu nicht selten antiquarische Rechtsgeschichte, vielleicht auch an Stelle eines positiven Civilprozesses einen römischen Formular- etc. Prozess etc. dargestellt haben dürften! — — Wenn nun zu eben jener Zeit, an welche meine ersten praktischen Anregungen von 1865 anknüpften, auch noch die Romantik der älteren Schule und zwar eben aus ihren zum Teil unhaltbaren Schulprincipien heraus, trotz der jammervollen particularen Zerrissenheit unsres vaterländischen Rechtes, fortwährend den „Beruf unsrer Zeit“ zu dem einzigen Rettungsmittel aus dieser Zerrissenheit: zur nationalen Civilgesetzgebung, leugnete, wenn damals doch Savigny (System I Einl. S. XXV) selbst die „stets wachsende Scheidung“ zwischen Theorie (der älteren historischen Schule) und Praxis als das „Hauptübel unsres Rechtszustandes“ beklagen musste, wenn da Sav. (ebenda S. XXIV — V) selbst den rechten, (wissenschaftlichen) „Geist der Praxis“ herausforderte, „die theoretischen Bestrebungen, wo sie abirren, auf die rechte Bahn zurückzuführen“, war

tiven Einheit dauernd wieder vermählen wird. Wie von mir schon

---

es denn damals, — nach solchen, nur vom Standpunkte des Praktikers in ihren vollen Wirkungen zu bemessenden, ich darf wohl sagen, Verheerungen unsres vaterländischen Rechts durch eine hierin weniger praktische Gelehrsamkeit – war es da, frage ich mit Savigny's eignen Worten, — etwa „Anmassung und nicht recht und gut", wenn jeder, der ein Herz hat für seinen Beruf, versuchte, unser damaliges Rechtswissen aus seinem romantischen, von der lebenden Wirklichkeit abirrenden Traumleben aufzurütteln, die positiven Juristen unsres Volkes aufzufordern, neben dem antiken ihr eignes Recht kennen zu lernen, und sie zu der Prinzipienfrage hinzulenken: welche der sich widersprechenden Geschichte ist denn eigentlich für uns die allein positive: positive Vergangenheit oder positive Gegenwart? Durften, mussten wir uns da nicht sagen: nicht jede Geschichte im Rechte ist positiv; nicht unbedingt die Geschichte eines andern Ortes und einer andern Zeit; positiv vielmehr ist allein der präcise Teil der Geschichte, welcher bei uns Gegenwart ist und da aus den Ausflüssen aller positiven Rechtsquellen, des Gesetzes, des Gewohnheitsrechtes etc. sich wiederspiegelt. — Darin überhaupt dürfte ein Ausdruck W.'s allein allenfalls noch jetzt eine präcisere Fassung im Interesse der Klarheit der Endziele unsres positiven Rechts erwünscht erscheinen lassen, wenn W. (Nord und Süd 1878 IV S. 48 a. E.) bezüglich der Frage über die Erkenntnis des Rechts, welche er mit Recht als eine Hauptfrage des Juristen erachtet, besagt: die Frage, wie es früher gewesen, müsse die „erste und Principalfrage" sein. Man kann ja W. so viel wohl zugeben, dass es jedermann freisteht, der Reihenfolge nach mit Sav. „zuerst" zu fragen: was galt im antiken Rom? nachdem diese Frage doch in jedem Falle einmal gestellt werden muss. Unser Lehrplan schon bringt es einmal so mit sich, und das röm. Recht ist ja zweifellos als positives Recht recipiert. Aber auch wenn so die Frage notwendig stets die erste wäre: — die materiell erste oder „endgültig entscheidende" ist sie wohl niemals, — sondern materiell entscheidet endgültig einzig die Frage: welche positive Rechtsentwicklung lassen die Rechtsquellen, das Gesetz, die Gewohnheit des jüngsten Momentes der Gegenwart bei uns als positives Recht ersehen. — Ist es denn nicht etwa dieser Moment der Zeit und des Ortes, welcher ja doch auch sonst bei Feststellung aller geschichtlichen Zustände allein endgültig entscheidet? Wie, — wenn W. selbst erwähnt, dass alles thatsächlich Geschehende „Fluss" ist, — kann denn die gegenwärtige Gestaltung z. B. eines Stromes oder Meeres aus dessen Ursprungsquelle, der Charakter des gereiften Mannes aus dessen Säuglingsalter, der Falter aus dem Zustande seiner Larve allein schon „endgültig" geschildert und begriffen werden? Wie, wenn uns ein deutscher Professor als eine sonstige heutige Geschichte, z. B. als unsre heutige, wirkliche „politische" Geschichte, die antiquarische Geschichte der „antiken röm. Kaiserzeit" dociren wollte? Und im Rechte allein sollte derartiges möglich sein!!

im Jahre 1865 bemerkt[38]), nicht etwa bloss ein Sachsen- und Schwabenspiegel des Mittelalters, nein: auch wir bedürfen eines Spiegels der jeweiligen positiven „Wirklichkeiten" unsres heutigen Rechtslebens nach strenge positiven Grundsätzen, wie ja auch die röm. Digesten selbst neben einem Teile des Just. Codex im Grunde nur die Präjudicien einer röm. Praxis, eines jus respondendi etc. und damit die jeweilige wirkliche Rechtsanwendung ihrer Zeit spiegelten.

Dies unser heutig zu spiegelndes „wirkliches" oder positives gemeines deutsches Recht ist aber in der That ein systematisch anderes, als die Darstellung des sog. rein römischen, canonischen und älteren Reichsrechtes, aus welchen die ältere, herrschende Schule u. a. das System Savigny's darstellte. Die Verschiedenheit dieses heutigen Rechtsspiegels ist seit meinen Versuchen von 1865 neuerlich auch der Theorie, namentlich u. a. Bruns, Sohm etc.[39]) nicht unverhüllt geblieben. Wie schon bemerkt, haben wir ja neben der überlieferten Gesetzgebung des röm. canon. und älteren Reichsrechtes ein reiches, namentlich von Savigny vielfach unerkannt gebliebenes Gewohnheitsrecht, welches die Praxis übt, und welches sich mit den übrigen überlieferten Rechtselementen heutzutage zu einem neuen Organismus vermählt, gewissermassen specificirt hat. Während man somit zur Zeit Savigny's 2 geschichtliche Gegensätze von Systemen einer positiven Rechtsdarstellung kannte, welche sich im gem. Rechte eine Zeit lang um die positive Herrschaft stritten: das „rein römische" und das germanische System des sog. „deutschen Privatrechts," habe ich deshalb versucht, diesen beiden Systemen ein drittes gleichfalls positives, von beiden sich unterscheidendes und doch geschichtliches, zudem ein von unsrer positiven Praxis längst geübtes, gegenüberzustellen, welchem ich jetzt die positive Alleinherrschaft vindiciren möchte, nämlich: das geschichtlich lebende „Recht der Gegenwart", welches weder ein rein römisches, noch ein germanisches, noch auch ein

---

38) Vgl. mein „praktisches Bedürfniss der Rechtsreform" 1865 S. 92 ff.

39) Sohm die deutsche Rechtsentwicklung und die Codificationsfrage in Grünhuts Zeitschr. 1874 Bd. I S. 258 ff.; — Lorenz v. Stein ebenda S. 509 ff. — Vgl. Modermann die Reception des röm. Rechts, übersetzt von Schulz, 1875. — Bruns Encyclopädie von Ersch und Gruber s. v. gemeines Recht T. 57 S. 217. Kleinere Schriften Weimar 1882 I, 49, Holzendorfs Encyklopädie etc.

modernes allein ist, wohl aber — als ein anderes und neues System gegenüber diesen bisherigen vermeintlich allein positiven — eben die 3 obenerwähnten Elemente des römischen, germanischen und modernen Rechtes in einen neuen einheitlichen Organismus aufgelöst und specificirt hat: in einen neuen einheitlichen Organismus, welcher fernerhin sich widersprechende Prinzipien und Systeme eines gesonderten, rein römischen und sog. deutschen Privatrechtes ebensowenig vertragen dürfte, als etwa der organische Körper eines Menschen sich widerstreitende leitende Organe, verschiedene Systeme eines Blutumlaufes, veschiedene Nervensysteme etc. (nach Bluntschli) vertragen würde. Dieses lebende Recht der Gegenwart darf ebendeshalb zugleich als das praktische und nationale Recht Deutschlands bezeichnet werden, und mit dessen Darstellung wird schon jetzt von trefflichen Juristen begonnen.

Dieses „wirkliche" Recht der Gegenwart nun in seiner organischen Einheit hat Savigny mit seinem Systeme des heutigen röm. Rechtes noch nicht zu spiegeln vermocht. Das Verdienst seiner, materiell nicht selten prüfungslosen Hinnahme des antiken classischen röm. Rechtes und der Subsumtion unsrer Rechtsgedanken unter das letztere ist zwar, dass er durch seine hochvollendete, systematische Beherrschung dieses Stoffes unsre Rechtsdarstellung zu einer äusserlich c l a s s i s c h e n „F o r m" erhoben hat, gleich der Formvollendung der Antike; an „m a t e r i e l l e r" C l a s s i c i t ä t der Unmittelbarkeit und Wahrheit seiner Rechtsdarstellung kam derselbe aber seinem Vorbilde, den Römern, welche ihr Recht dem Leben direkt entnahmen und uns zumeist in den Digesten etc. classische Präjudicien ihrer Zeit hinterliessen, niemals gleich. Erst der Gegenwart dürfte es vorbehalten sein, dereinst unsre Rechtsdarstellung, neben der formellen, durch ihre geschichtliche, gegenwärtige Wahrheit zugleich zu einer materiellen Classicität zu erheben. — Noch jetzt fehlt es indessen unsrer Jurisprudenz an der Achtung und Erkenntnis nicht selten der S t o f f e (des Rechtes) der Gegenwart. — Gleichwie jede andere, eine Zeit lang von der classischen Uebermacht beherrschte und geblendete Periode des Könnens und Wissens, ähnlich, wie beispielsweise unsre Poesie noch im verflossenen Jahrhunderte (vor einem Lessing, Göthe, Schiller) neben den antiken Stoffen nicht gleichzeitig der poetischen Stoffe der Gegenwart mächtig war, wie die plastische Kunst so recht erst seit diesem Jahrhunderte neben den antiken Göttergestalten etc. die plastischen Gestaltungen der Neuzeit gleichfalls der Dar-

stellung wert und berechtigt erachtete, wie somit Poesie und Kunst zuvor nur Achtung errangen, wenn sich dieselben in sog. classischen, antiken Stoffen bewegten, ganz ebenso werden wir in dem rein praktischen, einzig unsren Bedürfnissen und Wirklichkeiten, nicht Utopien dienstbaren „positiven“ Rechte doch erst seit Savigny's Scheiden eigentlich und recht anfangen müssen, die Berechtigung, die Wahrheit und Grösse der positiven Wirklichkeiten unsrer nationalen Gegenwart auch da geschichtlich aus sich selbst zu erkennen, zu verstehen, und ebenbürtig achten zu lernen, wo sich deren Stoffe uns nicht bereits durch eine antike oder sonstige überlieferte congruente Hülle gedeckt und geschirmt zeigen.

In dieser Kunst eben des Findens der positiven „Wirklichkeiten“ des Rechts war vielmehr in der That die, von Savigny's Schule missachtete und in ihrer ferneren Entwicklung gestörte Zeit der Legislation eines Kreitmayr und Suarez, waren die Praktiker des verflossenen Jahrhunderts und derselbe, namentlich auch von Bruns in seinem Werte erfasste, u s u s m o d e r n u s — welchem trotz aller Missachtung beispielsweise unbewusst im Besitzrechte selbst ein Savigny unterlag §. 4 — nicht selten bei weitem v o r a u s. Wenn auch keineswegs in einer theoretisch richtigen positiven Grundlage und in der oben erwähnten „äusseren“ Formenvollendung, so doch in der positiven Wirklichkeit und unbewusst geschichtlichen Wahrheit seiner materiellen „Resultate“ überragte derselbe selbst Savigny nicht selten. — Wie erklären wir uns dies? — Ganz ebenso etwa, wie in dem heutigen Gewohnheitsrechte des Besitzes Savigny niemals eine röm. possessio, sondern nur diesen usus modernus wirklich anwendete (§. 4), so ist auch manche sonstige, wirklich positive Geschichte des heutigen positiven Rechtes im allgemeinen nicht Savignys sog. rein römisches Recht und nicht röm. Ursprunges, sondern ein solcher „usus modernus.“ Fragen wir deshalb hier eingehender, w a s ist denn dieser u s u s m o d e r n u s pandectarum überhaupt? — Derselbe ist nichts, als ein „geschichtlich“ notwendiger Verdauungsprozess des recipierten antiken und fremden röm. Rechts, soweit dieses als solches einer späteren Zeit fremd geworden ist. Ein jedes Recht bewegt und ändert sich: nach Ort wie nach Zeit; teils durch Aenderung seiner Verhältnisse, wie etwa z. B. eben in den Besitzverhältnissen; teils aber durch Aenderung der menschlichen Ueberzeugungen, wie etwa beispielsweise in der Aufhebung der Sklaverei, den heutigen Erbverträgen. „Recipieren“, Wiederbeleben und Verdauen eines frem-

den Rechtes, heisst eben deshalb: ein Abstossen dieses Fremdartigen, Geänderten, und ein Assimilieren oder Subsumieren des Aehnlichen und Gleichen. Aus diesen zwingenden Gründen und Bedürfnissen des „Recipierens“ sehen wir ebendeshalb überall und immer wieder, wo irgend eine Jurisprudenz dies fremde, antike röm. Recht einem modernen Rechtsleben direkt einzuimpfen versuchte, naturnotwendig und unwillkürlich eine Reaktion des lebenden Rechtsorganismus, dessen Einheit nicht verschiedene Systeme und Prinzipien: nicht ein fremdes römisches und ein heutiges Recht, welche sich beide widersprechen und die Einheit des Organismus zerstören würden, vertragen kann, und damit ausgleichende, sog. praktische Richtungen entstehen. So war es, wie Savigny's Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter selbst zeigt: in Italien unmittelbar nach der Glosse; und so notwendig wieder: in Deutschland nach dem vermeintlichen „rein römischen“ Rechte Savignys. Mit dieser unumgänglich gebotenen Receptionsarbeit des usus modernus mussten ebendeshalb nicht etwa erst die verflossenen Jahrhunderte in Deutschland, sondern bereits die Zeit nach der Glosse in Italien beginnen; die deutsche Jurisprudenz seit der Reception des röm. Rechts hat dieselbe nur fortgesetzt. Der usus modernus ist deshalb auch nicht bloss deutsches Recht; sondern in den Fällen seiner Anwendung ist vielfach nicht römisches Recht, sondern eben dieser usus modernus zugleich selbst das internationale Recht der Gegenwart. — Savigny's Schule war es nun, welche grundlos, von einem falschen Begriffe der positiven Geschichte ausgehend, die eben in ihm liegende, vielfach allein positiv zu begründende „Geschichte“ wieder vernichtete, indem sie praktisch das irrige Streben bethätigte, das schon sei an sich wahre positive, heutige Geschichte, was in der Gesetzgebung des antiken Rom, des canonischen Rechts und des älteren deutschen Reichs enthalten sei, indem sie unbeachtet liess, dass die spätere, nicht die frühere Geschichte die positive Wirklichkeit sei, dass das spätere positive Gewohnheitsrecht das ältere Gesetz aufhebe, und dass sich in dieser Weise, nach Erforschung des notwendigen inneren Grundes dieser Gegensätze, allein wohl endlich diese uralten Gegensätze: Theorie und Praxis auf einem wirklich positiven: dem geschichtlichen Wege lösen, heilen und beseitigen lassen werden, deren Trennung Savigny selbst seiner Zeit wohl erkannte und als ein Hauptübel unsres Rechtszustandes beklagte (Note 37). — Nur ein Scheingrund war es insbesondere, auf welchen hin ebendeshalb

Savigny's Schule die vielfach allein positiv berechtigte Geschichte dieses usus modernus beseitigte: der Scheingrund und Irrtum nämlich, derselbe sei ein Ausfluss der, im verflossenen Jahrhunderte herrschenden Naturrechtsschule. (Ueber den inneren Gehalt dieser Naturrechtsschule im allgemeinen vgl. §. 14). Allein nicht diese Naturrechtsschule war es, welcher den usus modernus schuf; vielmehr war derselbe ja längst da, geschaffen, Bedürfniss und positives Recht, bevor eine moderne Naturrechtsschule entstand; ja selbst da, wo diese Naturrechtsschule auf ihrem falschen Wege — mittels sog. Naturrechts — den usus modernus erst unzureichend begründen zu können vermeinte, war es doch zumeist kein Schaffen eines andern, sondern nur eine äussere ungenügende Begründung oder „Motivirung" dieses nämlichen, positiv nichtsdestoweniger vorhandenen und geschichtlichen Gewohnheitsrechtes! So stellte, sei es der Instinkt, sei es die gereiftere Lebenserfahrung der, unmittelbar auf dem Leben und der Praxis fussenden, durch Angewohntsein wie eine wirkliche Praxis der Spruchcollegien etc. stets mit letzterer verbundenen Theorie der sog. Naturrechtsschule keineswegs stets luftige, unpositive Gebilde, sondern, wenn auch unbewusst, vielfach und zumeist positive Geschichte dar: u. z. vielfach materiell richtigere positive „Resultate", als die historische Schule Savignys selbst; denn die letztere betrat, obgleich sie auf abstrakt realen, geschichtlichen und so auf abstrakt richtigen Pfaden wandeln wollte, doch in den concreten Fällen vielfach überhaupt nicht das vor ihr unmittelbar ausgebreitete reich und üppich wuchernde allein positive Gebiet der lebenden Geschichte und der Gewohnheit unsrer Gegenwart, sondern diese wandte ihre Schritte gerade umgekehrt zunächst rückwärts, auf das fremde, für uns zum Teil erstorbene Gebiet der Gesetzgebung des antiken röm. Weltreichs; und von dort gelangte sie nicht selten, geblendet durch vermeintliche antike und unerreichbare Grösse oder irregeführt, überhaupt nicht mehr zu dem realen Boden der positiven geschichtlichen Gegenwart zurück. Ihre Geschichte ist so nicht selten eine einseitige römische und deshalb eine heutzutage unwahre und unpositive Geschichte geworden! So wurde nicht selten, wie im Besitzrechte, der wirklich „geschichtliche" usus modernus der verflossenen Jahrhunderte von der älteren historischen Schule dieses Jahrhunderts als ungeschichtlich verworfen, nur weil er dieser unmittelbar in der äusseren „Form" eines vermeintlichen Naturrechts dargeboten wurde, und an die Stelle

seines nichtsdestoweniger „materiell“ allein berechtigten und allein heutzutage positiv geschichtlichen Inhaltes wie des modernen Besitzrechtes trat nicht selten ein materiell unwahres, vermeintlich antikes aber in der That utopisches Recht.

Mit der Beseitigung dieses usus modernus somit hat die Schule Hugos und Savignys in der That geschichtliche „Wirklichkeiten“, Arbeiten von Jahrhunderten wieder vernichtet; sie hat den geschichtlichen, nationalen wie internationalen Verdauungsprozess, welchen die Reception eines antiken und uns fremden Rechtes unvermeidbar erforderte, wieder gestört; dadurch hat diese dem Leben ferne stehende Schule an die Stelle eines zum Teil geschichtlich berechtigten usus modernus so manches Antiquarisches, heutig Unwahres, ja praktisch Unmögliches in unsre heutige Rechtslehre wieder hineingebracht, dass jetzt gerade wir Praktiker des Aufgebotes aller nur denkbaren Hülfsmittel der „Geschichte“ bedürfen werden, um nur alle Scheinberechtigungen dieses antiken Rechtes mit positiven Gründen widerlegen zu können und das wirklich positive Recht der nationalen und internationalen Gegenwart wieder zu retten. So werden wir somit manche, von der Romantik der älteren historischen Schule vernichtete, positive Resultate dieses usus modernus, wie das heutige Besitzrecht, heutzutage uns auf dem mühsamen Wege der römischen Rechtsgeschichte wieder bewahrheiten und zurückerobern müssen. — —

Aus diesem Grunde allein schon müssen somit selbst wir Praktiker uns heutzutage unwillkürlich auf das Gebiet der röm. „Rechtsgeschichte“ gedrängt sehen, so sehr uns auch weder unser Beruf noch zum Teil unsere Neigung dahin zu leiten scheint; und auf diese Weise verfolge denn auch ich als Praktiker hier wieder, selbst indem ich hier antike Doppelrechte rechtsgeschichtlich zu beleuchten versuche, in der Wirklichkeit rein praktisch-positive, nationale wie internationale Endziele. Deshalb vermeinte ich auch, der Sieg unsres nationalen positiven Rechts der Gegenwart werde, wie im Besitzrechte speciell, so im allgemeinen entscheidend vielfach nur auf dem Boden der röm. „Rechtsgeschichte“ erkämpft werden können.

Und welch' anderer Weg — diese Frage richte ich nun hier direkt an meine Berufsgenossen, die Praktiker, — sollte auch uns hiezu offen stehen? Wie überzeugend und geradezu ergreifend haben bisher vereinzelte Präjudicien der Gerichtshöfe und Praktiker geschildert, wie unrecht und unmöglich es doch

sei, gewisse Partien des heutigen Rechts unter das abgestorbene röm. Recht zu subsumieren! Wie oft hat nicht bereits das deutsche Privatrecht ein gleiches Thema auf rein wissenschaftlichem Wege angeschlagen! — Und was war der Erfolg ohne Unterstützung gerade durch röm. Rechtsgeschichte? — Fast eben so viele Tausende derartiger trefflichster Schilderungen unsrer „wirklichen" Rechtsbegriffe sind trotz ihrer vollberechtigten Wahrheiten für das Leben wieder verloren gegangen, einfach, wie von der Bildfläche weggefegt, der Vergessenheit anheimgefallen! Und musste es denn nicht so kommen? — Nehmen wir einmal an, im Besitzrechte hätte ein einzelnes heutiges Urteil, die ganze Theorie und Praxis des verflossenen Jahrhunderts, und überdies ein oder der andere Germanist der Gegenwart, wie etwa der weitblickende Bluntschli[40]), Paul v. Roth oder andere, in der That das heutige nationale Besitzrecht ohne animus domini erfasst, wie es aus germanischer und indogermanischer Gewohnheit entsprossen noch

---

40) Sicher würde sich manches Resultat, welches Bluntschli gleich einem Gesetzgeber oder Seher hinzustellen pflegte, Bahn gebrochen haben, wenn er seine Resultate zugleich positiv (aus den Rechtsquellen) nämlich: negativ aus der Geschichte der röm. „Gesetzgebung", und positiv aus heutigem „Gewohnheitsrechte" etc. begründet hätte. Dass so ein positives und lebendes nationales Recht der Gegenwart sich, unbeschadet der noch berechtigten röm. Institute, darstellen lassen dürfte, habe ich wenigstens in 2 Schriftchen darzulegen versucht: (Das heutige positive und nationale Besitzrecht Berlin 1880 und: Untersuchungen über die heutige Schmerzengeldklage Erlangen 1860); ein dritter (anders gedeuteter) Versuch: „Zur Kritik der heutigen Negatorien- und Confessorienklage Jena 1865" sollte umgekehrt nur den unglaublichen Pedantismus der Jurisprudenz seit dem Mittelalter, welcher — aus blossen positiven und negativen Eigenschaften oder „Adjektiven" der meisten Klagen, dem confiteri und negare, der confessoria und negatoria oder negativa actio — „selbstständige" Klagen construiren zu können vermeinte, mit positiven Gründen auf die bessere römische Auffassung zurückführen, welche noch heute praktisches Bedürfnis ist; denn praktisches Bedürfnis wie röm. Gesetzgebung erfordert, dass der Anspruch aus jedem bestimmten dinglichen und sonstigem Rechte sowohl ein positiver als ein negativer sei, mit anderen Worten, dass entweder bei gänzlicher Vorenthaltung das Recht selbst (positiv oder confessorisch) verlangt, oder dass bei nur teilweisen Störungen diese negativ oder prohibitorisch von dem Rechte abgewehrt werden können. Es ist positiv wie praktisch kein Grund gegeben, dies Recht nur einzelnen Instituten, wie Eigentum oder Servituten, zuzuschreiben!

heute in dem Munde des Laien lebt (§. 4) und allein eine positive Begründung zulassen wird; nehmen wir an, dieselben hätten so consequent dem Mieter und Pächter gegen Störungen Dritter eine Besitzklage gegeben: was wäre der Erfolg für das positive gem. Recht? Sie alle sind bisher mit ihren wohlberechtigten Anschauungen innerhalb des gem. Rechtes im Erfolge dem Romanismus unterlegen, weil dieser noch immer der guten Meinung war, das röm. Institut der possessio sei nun einmal mit dem modernen Besitze identisch, deshalb positives Recht, und deshalb gebühre dem Pächter und Mieter kein Schutz gegen Dritte. — Und in der That ist im „positiven“ Rechte ein derartiger Orthodoxismus an sich wohl berechtigt; ohne anderweitige positive Gründe würde ich selbst wohl der erste sein, welcher das heimische Besitzrecht wieder unter die röm. possessio subsumirt hätte. Anders aber, wenn uns diese positiv massgebenden Rechtsquellen, wie namentlich negativ die röm. Gesetzgebung selbst, geschichtlich zeigt, dass deren possessio niemals ein Besitz, und wenn überdies das heimische Gewohnheitsrecht positiv ergibt, dass diesem unrömischen Besitzrechte bis nach Savigny und darüber von jeher ein Rechtsschutz gewährt wurde, so dass wir dasselbe demzufolge auch auf Grund dieser positiven Geschichte des Rechts als selbstständiges positives Recht anzuerkennen haben werden. Diesen Gründen allein erst wird sich auch der Romanismus beugen und unterliegen müssen, soweit er unberechtigt. —

Aus all' diesen Gründen glaube ich, dass wir auch jetzt noch röm. Rechtsgeschichte im Interesse der dogmatischen Darstellung unsres heutigen nationalen, unmittelbar praktischen Rechtes werden treiben müssen. — Wir gelangen somit jetzt zu der zweiten oben aufgeworfenen Frage: **Wie** werden wir römische „Rechtsgeschichte“ treiben müssen? Und da glaube ich, dass wir die Fortschritte des positiven Rechtserkennens, welche uns die Neuzeit auf dogmatisch positivem Gebiete gewonnen, jetzt umgekehrt auch auf die röm. Rechtsgeschichte werden zurück übertragen müssen, wenn wir mittels derselben die antiken röm. Doppelrechte uns erschöpfender erklären und manche Partien unsres heimischen Dogmas von romanistischer Missdeutung befreien wollen. — Fragen wir deshalb, was ist es, was wir für das Dogma der Gegenwart erforderlich erachtet, und was wir nun umgekehrt auch für die Erforschung der Geschichte der röm. Doppelrechte rückwärts als zweckdienlich werden verwerten müssen? — Die Neuzeit hat bereits im Dogma

eine principielle Unterscheidung von Geschichte und Geschichte, welche ja nie Stillstand, sondern Bewegung, d. i. Aenderung nach Zeit und Ort ist, versucht: sie hat eine nichtpositive Geschichte der Ueberlieferung von einer allein wirklich positiven lebenden Geschichte oder dem Rechte der Gegenwart unterschieden; sie hat dem letzteren auf positivem Gebiete in Conflikstfällen gegenüber Savignys rein römischem und sonstigem, möglicherweise antiquarischem Rechte die Palme der Entscheidung zuerkannt, wenn wir auch die überlieferte Geschichte als Lehrmeisterin wie zuvor pflegen und nie werden entbehren können. — Ich habe diese modern geschichtlichen Principien bereits vor Dezennien, zu einer Zeit, als noch die nationale Gesetzgebungsfrage in wissenschaftlichem Streite lag, — Savigny's romantischem Festhalten an einer vermeintlichen Continuität und sofortigen positiven Verwendbarkeit seines vermeintlich rein röm. Rechts gegenüber, jenem Stabilismus und Quietismus gegenüber, welchen seitdem ja auch so treffend ein Jhering[41]) charakterisirt hat, — bereits zur Genüge zu begründen versucht[42]). — Teils auch aus den eignen Gleichnissen Savignys zwischen Sprache, Sitte und Recht, teils aus den Bewegungen jeder einzelnen positiven Rechtsquelle (der Gesetzgebung und Gewohnheit etc.), in welchen ja durchgängig die positiv gegebene

---

41) Vgl. Jhering in seiner Kritik der älteren historischen Schule: Kampf ums Recht, 1. Aufl. 1872, 5. Aufl. 1877, bes. S. 4 ff., 9—13 mit Note 42.

42) Mit diesem Endziele eines nationalen, praktisch-positiven Rechts, welches damals in der Codifikationsfrage in der Erzielung einer einheitlichen d. Gesetzgebung, dogmatisch aber in einer Vereinigung des sog. rein römischen und sog. deutschen Privatrechts sowie der Resultate der Praxis (nach den zahllosen, von Savignys heut. röm. Systeme abweichenden prakt. Zeitschriften) und der Theorie überhaupt gipfelte, sind von mir nachstehende Versuche sich gefolgt: Das erwähnte „prakt. Bedürfnis der Rechtsreform gegenüber der histor. Schule", Erlangen 1865; dann: „Zur Kritik der heut. Negatorien- und Confessorienklage und damit zur Kritik der herrschenden histor. Rechtsschule", Jena 1873; endlich eine kleinere Abhandlung (in der jurist. Wochenschrift, Organ d. d. Anwaltvereins, Berlin 1876, S. 9, 17, 25): Die heutigen Gegensätze zwischen Theorie und Praxis sowie das pos. nationale Civilrecht in Deutschland. — Diese sämmtlichen Schriften bewegen sich, wie bemerkt, innerhalb des historischen Bodens als „lebende Geschichte" oder „Recht der Gegenwart", und dürften in der Gesetzgebungsfrage wie in der streng positiven Darstellung im einzelnen heutzutage kaum mehr ernstliche Gegensätze finden.

Erscheinung der Gegenwart vor jener der Vergangenheit prävalirt und vergangenes aufhebt, teils aus der thatsächlichen Anwendung unseres Rechts oder den Wirklichkeiten und der Methode der heutigen Praxis, deren geschichtlicher Geist seit Johann Adam Seufferts Archiv bis zu den jüngsten Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts völlig der gleiche geblieben ist, und welche heutzutage noch immer analoge positive Abweichungen [43]) vom antiken Rechte zeigt, wie der frühere usus modernus, Abweichungen, welche immer wieder ergeben werden, wie unser gemeines Recht in Deutschland in seiner positiven Wirklichkeit (vgl. Note 39, 37 etc.) ein vielfach anderes ist, als das Recht des Systemes Savigny's wie der älteren historischen Schule, — aus all diesen Gründen habe ich zu zeigen versucht, wie die, durch unsre positive Praxis längst

---

43) Zur Veranschaulichung einer notwendigen modernen Rechtsbildung und Abweichung vom röm. Rechte etwa f. Beispiel. Der Begriff der Genossenschaft findet neuerlich im Rechtsleben in den mannigfachsten Vereinigungen Anwendung; abgesehen von Handel und Industrie bei sonst Interessegemeinschaften, Zünften, Kunst-, Turn-, Lese-, Sport-, Musik-, geselligen Vereinen, Casinos etc. Das röm R. bietet zu dessen Regelung nichts, als: die juristische Person und die röm. societas. Erstere würde eine nicht immer vorliegende specielle Verleihung voraussetzen. Mit den Bestimmungen der röm. societas aber könnten diese sämmtlichen modernen „Gesellschaften für einen dauernden Zweck" rechtlich überhaupt nicht existieren; denn Tod oder Austritt jedes Einzelnen könnte die Gesellschaft beliebig lösen, Vermögensteilung erwirken und den dauernden Zweck mit deren Dauer vereiteln. Hier ist aber der dauernde Zweck gewissermassen schon das naturale negotii des Vertrages bei Constituirung der Gesellschaft; auch eine opinio necessitatis zwingt, über das röm. R. hier hinauszugehen, weil diese Gesellschaften geschlossen werden, um fortzubestehen; und wohl auch überlieferte heim. Gewohnheit spricht (§. 4 Text zu Note 9—10) für ein, vom röm. Recht abweichendes Prinzip. — Als Ref. eines Urteils in dem bekannten Monsterprozesse: Gemeinde Burgsinn gegen Fhrrn. v. Thüngen w. E. (abgedruckt in einem Rechtsgutachten von Paul v. Roth „Zur Lehre von der Genossenschaft, Rechtsgutachten in d. Streitsache Burgsinn etc., München 1876, welchem ein noch ungedrucktes Gegengutachten von Bluntschli gegenübersteht) habe ich deshalb versucht, diese deutsche Genossenschaft als eine moderne societas (zu dauerndem Zwecke) neben der röm. societas zu construiren. Ähnlich hat eine solche Genossenschaft (Schifferzunft) seitdem das d. Reichsgericht definirt: Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. VII, 1883, S. 168 ff. (v. VIII, 121), sowie auch die Theorie sich der Frage bemächtigt; vgl. z. B. Stobbe, D. Pr. 2. Aufl. I. §. 61.

erprobte Methode, diese Rücksichtnahme auf Zeit und Ort der positiven Geschichte, diese Basis einer „lebenden Geschichte“ oder eines „Rechtes der Gegenwart“, welches ein anderes ist, als das Recht der Überlieferung, allein eine wissenschaftliche Begründung und ein präciseres, positiv-geschichtliches Princip zulassen dürfte; wie dies zugleich als ein Princip sich darstellen dürfte, welches das Abirren der älteren Schule auf unpositive, antiquarische oder utopische Geschichte, wie im Besitzrechte, principiell regelmässig weniger befördern dürfte.

Sind aber diese Grundanschauungen für das heutige „Dogma“ wahr, ist da die gegebene und massgebende Geschichte eine andere, als die der antiken, röm. Vergangenheit, so werden wir dieselben Principien der Rechtsfindung des heutigen Dogma notwendig jetzt wohl auch umgekehrt auf die Findung des Dogma in Rom oder die röm. Rechtsgeschichte übertragen müssen, namentlich wenn wir jetzt mit Erfolg die lange verkannten, eben nachgewiesenen röm. Doppelrechte erforschen wollen. Ist namentlich so manches in unsrem heutigen Rechte: modernes, von dem antiken röm. verschiedenes, „Gewohnheitsrecht“, so werden wir unmöglich mehr länger auch umgekehrt an der bisherigen Präsumtion einer Identität zwischen Gegenwart und röm. Vergangenheit festhalten dürfen; es wird nimmermehr angehen, dass wir beispielsweise unsere Gewohnheiten und Anschauungen, unsere heutigen, heimischen Begriffe, wie: Eigentum, Besitz, Tradition, Klage, Einrede, Petitorium und Possessorium, heutiges Faktum, heutige Injurie etc. etc. jetzt umgekehrt, unbedingt, ungeprüft und direkt, auf die verwandten antiken „Klänge“ Roms: dominium, possessio, traditio, actio, exceptio, petere gegenüber dem possidere, auf das römische factum, die injuria etc. etc. übertragen, ohne zuvor jedesmal die verschiedene Thatsache, welche damit bei uns positiv geregelt werden wollte, mit der wirklichen Thatsache der pos. Geschichte Roms zu vergleichen. Dort werden wir vielmehr einem anders pulsirenden Leben seine Gesetze ablauschen müssen: — wir werden eine andre Welt beschreiten, wenn wir den Boden der antiken Welt betreten. —

Prinzip der antiken gegenüber der modernen Rechtsbildung. — Niebuhr. —

§. 2.

Im vorausgehenden §. haben wir von dem Dasein vorjustinianischer Doppelrechtsbildungen Kenntnis genommen; nun obliegt es uns, den geschichtlichen Grund ihres Entstehens darzulegen. Hiefür bietet namentlich die politische Geschichte seit Niebuhr bereits bedeutende Vorarbeiten.

Savigny [1]) hat es u. a. dereinst seinem Zeitgenossen und Freunde Niebuhr mit vollem Grunde zum höchsten Verdienste angerechnet, dass er in der politischen Entwicklung Roms gewichtige völkerbildende Gegensätze: die Verschiedenheit der, den röm. Staat bildenden Rassen und Volksabstammungen (Nationen) entdeckt habe. Leider hat der grosse Meister der Geschichte des Rechts, welcher so den Einfluss der verschiedenen Rasse auf die politische Geschichte des antiken Rom ersah, es unterlassen, die Consequenz der gleichen Verschiedenheit gerade für die Erkenntnis des von ihm gelehrten „geschichtlichen Rechtes" Roms zu ziehen, obgleich doch in diesem eben dieselbe Consequenz noch fast sichtlicher zu Tage treten musste, als in der politischen Geschichte. Denn jede Verschiedenheit der Rasse bedang in Rom, — wie wir sehen werden, nach dem, in den antiken Staaten überhaupt herrschenden Principe der Rechtsbildung, — neben der gesonderten staatlichen Gliederung stets auch ein gesondertes Stammesrecht: soviele von Niebuhr zu Tage geförderte „Nationen", ebensoviele verschiedene persönliche Stammesrechte mussten deshalb in Rom existieren. Savigny dürfte es auf diese Weise entgangen sein, wie die Entdeckung Niebuhr's vor allem gerade die geschichtliche Erfassung seines eignen, von ihm gefundenen geschichtlichen röm.

---

1) Vgl. u. a. Savigny, Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter, Bd. I, Einleitung, 2. Ausg. S. XII (1. Ausg. S. XI) und anderwärts: „Nichts ist anziehender in aller Geschichte, als die Zeiten, in welchen die Kräfte und Anlagen verschiedener Nationen zu neuen lebendigen Bildungen zusammenwachsen. Solche Zeiten der Wiedergeburt sind das ursprünglichste in der urkundlichen Geschichte, da die erste Bildung der Völker über dieselbe hinaufreicht. Durch Entdeckung eines solchen Zusammenhanges ist es Niebuhr möglich geworden, in das Geheimnis römischer Grösse tiefere Blicke zu thun, als in der Zeit der gebildeten röm. Litteratur den Römern selbst vergönnt war".

Rechts reformieren, wie diese Rassenverschiedenheit des antiken Rom eben zu jenen verschiedenen röm. Rechtssystemen führen musste, welche in Rom die, in der justinianischen Compilation noch vorhandenen Doppelrechte geschaffen haben und diese uns näher erklären werden. — –

Dieses ebenerwähnte rechtsbildende Princip der antiken Staaten, welches uns auf diese Weise den „Schlüssel“ für die dualistischen Rechtsbildungen Roms in die Hand geben wird, können wir bereits mit einem, in der übrigen Rechtsgeschichte schon bisher geläufigen Namen [2]) wiedergeben: im antiken Rom galt nicht das, bei uns herrschende sog. Princip des territorialen Rechtes, sondern das sog. Princip der persönlichen Rechte. — Während sich nämlich bei uns das geltende Recht regelmässig nicht an die Person haftet, sondern an das jeweilige Territorium, während so bei uns für jedes einzelne Privatrechtsverhältnis des Eigentums, der Obligation etc. auf jedem bestimmten Territorium nur das eine Recht dieses Territoriums gilt, gleichviel ob die, das Rechtsgeschäft abschliessende Person unsrem eignen Staate angehört oder einem fremden, während so bei uns beispielsweise Italiener, Engländer, Franzosen regelmässig vor unsren Gerichten nicht nach ihrem italienischen, englischen, französischen, sondern allein nach dem territorialen deutschen Rechte beurteilt werden, war in Rom bis zum Mittelalter herab gerade das Gegenteil der Fall. Dort haftete das Recht eben an der Person, nicht, wie bei uns, an dem Territorium, und die Rechtsverhältnisse jeder einzelnen Person wurden nach dem ihr anhaftenden Stammesrechte, nach dem Rechte ihrer gens, civitas etc. allein, beurteilt. Wie in ähnlicher Weise noch im Mittelalter der Gothe nach gothischem, der Lombarde nach lombardischem, der Römer nach römischem Rechte beurteilt wurde, gleichviel auf welches Territorium sich derselbe wendete, ähnlich wurde im alten Rom auf demselben

---

2) Savigny, Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter, Bd. I §. 30 Note c. — Puchta, Pand. §. 112 mit Vorles. — Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte T. II §. 265 bez. Italiens, §. 336 bez. Deutschlands. — Rudorff, röm. Rechtsgeschichte I. §. 119. — Bruns, Encyclopädie von Ersch und Gruber s. v. gem. Recht Bd. 57 S. 216 — — Die Wirkung dieses Principes der persönlichen Rechte auf das röm. Eigentum speciell deutet an Hermogenian l. 5 D. J. et J. 1, 1: discretae gentes — dominia distincta etc. Vgl. Seitz, heut. Besitzrecht 1880 S. 20.

Territorium[3]) der Stammbürger des alten populus nach einem anderen jus (publicum) beurteilt, als der Fremde, der Quirite ursprünglich anders, als der Plebejer, der civis anders als der Latine, peregrinus und dediticus. — Ja man darf sagen: die gesammte Rechtsentwicklung des ältesten Rom war eine Zeit lang grossenteils nichts anderes, als ein Kampf der verschiedenen Rasse um das gleiche „persönliche Recht" mit seinen politischen wie civilrechtlichen Vorrechten. Das erschien in Rom das Ziel eines Kampfes von Jahrhunderten nach innen und aussen: der langandauernden inneren Bürgerunruhen, der verschiedenen Secessionen der plebs, der blutigen Kämpfe mit den Bundesgenossen, etc. All' diese Kämpfe führten dazu, einzelnen: der plebs, den Bundesgenossen, so manches persönliche Recht neu zu schaffen und sie durch Ausgleichung auszusöhnen, während den übrigen Peregrinen gegenüber dies verschiedene persönliche Recht noch länger fortbestand, bis auch diese übrigen persönlichen Rechtsverschiedenheiten der Rasse und des dem Rassenrechte nachgebildeten sonstigen persönlichen Rechtes allmälig mehr und mehr, vollends erst durch Justinian, beseitigt wurden. Vgl. unten §. 8.

Dieses persönlich gesonderte Recht eines e i n z e l n e n fremden Stammesgenossen aber in der Stadt Rom umfasste ganz ebenso *ἐν κύκλῳ* den Gesamtumkreis eines ganzen Rechtssystemes, wie das Recht seines ganzen Volkes; denn auch dieser Einzelne schon bedurfte eines (gesonderten) Sachenrechtes und Eigentumes, eines Personen- und sonstigen Rechtes. Deshalb war mit dem Betreten des antiken Boden Roms auch durch nur einzelne Fremde schon die Geltung mehrerer particulärer Rechtssysteme und eine M a n n i g f a l t i g k e i t d e s R e c h t s gegeben. Diese Rechtsverschiedenheit Roms eben wird sich uns demgemäss in folgende 3, bereits oben[4]) angedeutete, übersichtliche Gruppen gliedern:

I. P a r t i c u l a r e s Stammrecht der jeweiligen V o l l b ü r g e r des röm. populus der Quiriten und der cives: jus publicum Quiritium und civile §. 9—11.

II. P a r t i c u l ä r e Stammrechte der verschiedenen N i c h t b ü r g e r: ursprünglich der röm. plebs, solange sie nicht in den

---

3) Praktische Consequenzen beispielsweise bei G a j u s I §. 128, 131, II §. 218 in f. und in den zahllosen Anwendungen oben §. 1 Note 5 – 31.

4) Vgl. §. 1 mit S e i t z heut. Besitzrecht 1880 S. 20.

röm. populus aufgenommen war, sodann der übrigen Peregrinen und Mittelstufen: das jus proprium civitatum etc. §. 6

III. Über diesen Particularrechten vermittelnd galt das gemeine Recht Roms: das röm. jus gentium, §. 12—19.

In eines oder das andere dieser soeben ausgeschiedenen Rechtssysteme werden sich nunmehr die sämmtlichen, oben berührten Doppelrechte, — einschliesslich des röm. duplex dominium: der possessio neben dem dominium, — gliedern und aus ihnen erklären lassen, jene Doppelrechte, welche Existenz und Namen auch dann noch bewahrten, nachdem die, sie schaffenden Rassen des alten Rom längst eine gesonderte Existenz zu bewahren aufgehört hatten. Sie werden erst durch dies Auseinanderscheiden ihrer Systeme in der Hand des Geschichtsforschers wie von selbst ein Verständnis ermöglichen, ganz ebenso, wie etwa in der Hand des Naturforschers zerstreute Glieder selbst einer vorgeschichtlichen Periode sich zu den, sie erklärenden Organismen zurückfinden werden.

Vergleichende Rechtsgeschichte des Dogma der röm. possessio und des germanischen Besitzrechtes. — Die römische possessio ist nicht Besitz, sondern antikes Doppelrecht und Eigentum. Geschichtliche Erscheinungsformen und Beweise.

§. 3.

Bevor wir unser heutiges Besitzrecht [1]) fernerhin unter die römische possessio subsumieren, werden wir uns nun wohl notwen-

---

1) In der Absicht, die Entdeckung der wirklichen röm. possessio durch die heutige Jurisprudenz noch vor Vollendung unsrer kommenden nationalen Civilgesetzgebung zu fördern und das nationale Besitzrecht zu retten, hat der Verf. sich entschlossen, seine hieher bezüglichen, für ein grösseres Werk bestimmten Studien in folgende Einzeluntersuchungen zerrissen zu veröffentlichen: 1) Den dogmatischen Nachweis der Eigentumsnatur der röm. possessio enthält bereits Grünhuts Zeitschr. für d. Privat- u. öffentl. Recht der Gegenwart, Wien 1879 Bd. VI S. 397, 559, 694 ff. unter dem Titel „Antike und gegenwärtige Bedeutung der röm. possessio". — 2) Das heutige deutsche Besitzrecht erörtert die selbstständige Schrift: „Das heutige positive und nationale Besitzrecht in seiner Unabhängigkeit von der röm. possessio, Berlin und Leipzig 1880". — 3) Das internationale Besitzrecht wird verfolgt in der internationalen Zeitschr: „Rechtsgeleerd magazijn, tijdschrift voor binnen- en buitenlandsche rechtsstudie van Dr Drucker, Katz en Molengraaf, Haarlem"

dig bewusst sein müssen, was „wir selbst“ unter Besitz, und was die „Römer“ unter possessio verstehen. Das bisher völlig prüfungslos hingenommene Märchen, als ob die antike possessio, etwa weil sie ein „geschichtliches“ Institut ist, nun einmal der heutige Besitz sein müsse, eine Hinnahme, welche ebenso die Schwäche der Besitzlehre speciell wie der Principien der positiven Rechtsfindung der bisher herrschenden älteren historischen Schule überhaupt charakterisieren dürfte, dürfte fernerhin unthunlich erscheinen. Diese geschichtliche Forschung wird aber vor allem hier rückhaltlos nackte geschichtliche Wirklichkeit zu erschliessen haben: das, was in einer vergangenen, antiken Welt wirklich geschehen, nicht was wir heutzutage gewohnt sind, denken oder selbst auch nur wünschen sollten! — Um nun das hier vorgesteckte thema probandum der „Eigentumsnatur der röm. possessio“ klarer vor Augen stellen zu können, wird es zweckmässig sein, vorerst hier an der Spitze schon aus den mehrfachen, von der bisher herrschenden Besitzlehre zu einem einzigen vermeintlichen Besitzbegriffe vermengten Begriffen sofort die beiden wirklich geschichtlichen Einzelbegriffe: der röm. possessio und des germanischen Besitzbegriffes, auszuscheiden und sich deren geschichtliches Dogma übersichtlich und vergleichend gegenüberzustellen. — Wir werden hiedurch den Vorteil gewinnen, dass wir alsdann bei den folgenden geschichtlichen Studien sofort die röm. possessio von ihrer germanischen Verwechslung, dem heutigen Besitze, werden unterscheiden sowie beide Begriffe fortwährend vergleichend und prüfend sich werden gegenüberstellen können. —

I. Die röm. possessio vor allem an res corp. ist, nach den Definitionen der Römer selbst, nur: sowohl das absolute, justa causa erworbene röm. Eigentum mit Publiciana, als das relative Eigentum der possessio, von der possessio mit sog. putativa causa der Publiciana bis herab zur blossen possessio ad inter-

---

Bd. I 1882 S. 168, 279 ff. (Die letzte Abhandlung enthält zugleich die teilweise Anerkennung wie teilweise Widerlegung der hauptsächlichsten Gegengründe der, im Interesse der Sache höchst dankenswerten Recensionen des heutigen Besitzrechtes des Verf. von 1880 durch die HH. Dr. Drucker in Groningen, Brinz, Meischeider, Ryck u. a.). — Erste gelegentliche Anregungen der Eigentumsnatur der röm. possessio durch den Verf. schon seit 1865; namentlich Seitz, das prakt. Bedürfnis der Rechtsreform gegenüber der histor. Schule 1865 S. 140—159 und: Zur Kritik der heutigen Negatorien- und Confessorienklage 1873 S. 139—154.

dicta, deren Eigentumserwerbtitel alsdann eben das röm. factum oder corpus mit animus domini: die „causa possessionis“ allein, ist; denn auch im röm. Recht gilt der Satz: la possession vaut titre. Die geschichtlichen Defininitionen schildern die possessio ebendeshalb als das Eigentum, welches durch röm. factum, d. i. durch die Thatsache der Ausübung oder die thatsächliche Verkörperung des animus domini, (corpore et animo domini, durch röm. factum oder usus im weiteren Sinne §. 16, 20), allein schon entsteht oder erworben ist, und welches die justa causa nur zu einer andern (besseren) Art desselben Eigentums gestaltet. Wie wir umschreiben daher auch die Römer dieses blosse relative Eigentum der sog. possessio ad interdicta mit dem noch undefinierten Begriffe: „plus juris“, wörtlich „besseres Recht“, dessen bestimmterer Begriff, wenn wir fragen, welches Recht denn eigentlich dieses „bessere“ sein sollte, kein anderer, als: das (bessere) „Eigentum“, gegenüber dem gar nicht oder doch minder berechtigten dritten Eigentumsprätendenten: Eigentum adversus ceteros oder extraneos, ist[2]). Niemals ist diese röm. possessio juristisch ein Besitz.

2) Vgl. unten Note 57, 62. — In einer sehr dankenswerten Beurteilung meines Besitzrechts sieht Meischeider (Gruchot-Rassow und Küntzel-Beitr. Berlin 1881 Bd. 25 S. 495 ff.) das Hauptbedenken gegen die Eigentumsnatur der röm. possessio darin, dass diese durch vis verloren gehe. Allein dass der possessor die possessio durch eigne Gewaltanwendung verliere, dürfte wohl umgekehrt gerade ein Beweis gegen die Besitz- und für die Rechtsnatur sein; denn ein blos faktischer Besitz würde ja so umgekehrt nur erworben, nicht verloren werden müssen; aus diesem Argumente könnte ferner auch das dominium sowenig wie die possessio Eigentum sein; denn auch dies geht durch vis verloren: c. 7 C. unde vi 8, 4: quis possessionem — violenter invaserit — dominium ejusdem rei amittat. — Durch die Gewalt eines andern dagegen geht dem faktisch ausübenden possessor das Recht und Eigentum der possessio niemals verloren; dies beweist das interdict. de vi etc. (vgl. §. 23); auch dies beweist somit notwendig wieder, dass die röm. possessio kein faktischer Besitz ist; denn dieser würde eben durch die Gewalt verloren. — Hierüber wie über andere neuere Einwendungen vgl. meine Erörterung im rechtsgeleerd magazijn, Haarlem Bd. I 1882 S. 293 ff. und das unten folgende. — Windscheid Pand. §. 148 Note 6 erwähnt, in röm. Rechtssprache übersetzt, noch folgende Gründe gegen Jherings Theorie der „Ergänzung des Eigentumsschutzes“ und damit auch gegen meine Eigentumstheorie: a) im Interdikte der possessio seien Einreden aus dem Eigentume ausgeschlossen. Dieser Satz ist gegenstandslos, wenn possessio selbst Eigentum ist. Abge-

II. Dem germanischen Besitzrechte, — d. i. dem, nicht in Rom, wohl aber seit dem Mittelalter neben dem Eigentume bestehenden sog. Detentionsrechte, — dagegen schwebt an sich niemals diese absichtliche und zugleich vorübergehend thatsächliche Verkörperung der Ausübung des „Eigentums", wie der röm. possessio, vor, welche mittels animus domini selbst Eigentum erwerben will; sondern, — wie z. B. dem deutschen Faustpfandgläubiger, — einzig die Absicht „zu besitzen" oder innezuhaben: dieser auf längere Andauer berechnete „Gewahrsam" oder dies fortgesetzte „thatsächliche Verfügen" über eine fremde Sache ohne animus domini. Dieses Besitzen oder Innehaben kann ebendeshalb selbstverständlich nur da Gegenstand eines selbstständigen Rechtes an der Sache sein, wenn der faktische Besitzer nicht zugleich Eigentümer ist oder sein will: es ist nur ohne animus domini und als jus in re „aliena" construierbar (§. 4), weil es sonst — in der Hand des Eigentümers selbst — nur ein einzelner Ausfluss seines absoluten oder relativen Eigentums sein kann und sich mit diesem notwendig begrifflich consolidiert: einen „Besitz mit animus domini" gab es als „besonderes" Recht juristisch nie! — Dies heutige Besitzrecht somit ist, im Gegensatze zu dem, durch Faktum bloss entstehenden Eigentume der röm. possessio: das „accessorische dingliche Recht, eine fremde Sache, deren Gewahrsam (Innehaben, faktischen Besitz) wir erlangt haben, solange in diesem Gewahrsame zu behalten und ohne Substanzveränderung über dieselbe thatsächlich zu verfügen, als die causa: z. B. des Faustpfandes, Retentionsrechtes, Pachtes, der Miete etc. fortdauert." — Wie dies

---

sehen hievon sind nach l. 2 D. 43, 17: justa an injusta adversus ceteros p. sit, in hoc interdicto nil refert, auch nur Einreden von seiten dritter Unberechtigter (ceteri), somit im Grunde nur Einreden aus dem Rechte Dritter, ausgeschlossen. Weiter könnte der Satz auch nur beweisen, dass Einreden aus einer justa causa (oder dem besseren Eigentume überhaupt) gegenüber dem Eigentume aus dem blossen „Titel der possessio" des possessor ad interdicta in dem röm. doppelten Eigentumsprozesse (§. 18) nicht mehr zum interdictum in jure (vor dem praetor) speciell, sondern zum judicium oder zur actio competiren, nicht dass sie ausgeschlossen sind; (vgl. mein Besitzrecht 1880 S. 67 ff.). b) Geschützt werde nicht die possessio, sondern nur die Störung oder Verletzung der possessio; dasselbe könnte man mit gleichem Ungrunde von jedem Rechte sagen, auch vom dominium; richtiger würde man da sagen: jeder Klagenschutz setzt eine actio nata voraus; vgl. übrigens auch §. 17.

Besitzrecht regelmässig (v. Note 2a) nur durch Erwerb des faktischen Besitzes oder Gewahrsam erworben, so wird es überdies verloren mit jedem absichtlichen Aufgeben dieses Gewahrsames, welches umgekehrt die röm. possessio (z. B. bei einem Verpachten, Vermieten etc.) niemals entzieht; z. B. §. 4 Note 6.

III. Aus diesen beiden, allein geschichtlich gegebenen wie juristisch construierbaren Begriffen des absoluten und relativen Eigentumes der possessio einer- und dem jus in re aliena des heutigen Besitz- oder Detentionsrechtes anderseits hat nun die herrschende Besitzlehre Savignys einen dritten, gemeinsamen oder vermittelnden Begriff generell zu construieren versucht: das „Recht des Besitzes" nach Savigny. — Dieser Begriff sollte das Unmögliche leisten, die beiden unter I und II ausgeschiedenen, sich systematisch widersprechenden Begriffe in einen einheitlichen Begriff zu verschmelzen: das zufällig faktisch besitzende Eigentum der röm. possessio animo domini (unjuristisch einen Eigentumsbesitz), und das jus in re aliena eines germanischen Besitzrechtes an einer fremden Sache ohne animus domini, welches nicht einmal relatives Eigentum für sich will, sondern einzig die blosse sog. Detention eines heutigen Pfandrechts, Precariums und Sequesters [2a]) etc. Es ist

2a) Nur soviel muss zugegeben werden, dass die Jurisprudenz seit dem Mittelalter (in Folge der Missdeutung des röm. Eigentums der possessio als Besitz) zwar nicht generell, wohl aber in einzelnen Fällen der vermeintlichen „abgeleiteten possessio", namentlich in dem vermeintlichen röm. pignus, auch ein modernes juristisches, sog. „abgeleitetes" Besitzrecht ausgebildet hat. In ihm wird zum Zwecke und auf die Dauer der Verpfändung — nicht wie in Rom vorübergehend das Eigentum (Ziff. 5 des Textes), sondern — das germanische Besitzrecht ohne animus domini juristisch übertragen betrachtet, obgleich es nicht durch faktischen Besitz (oder Gewahrsam, Detention), wie bei dem deutschen Faustpfand, erworben ist. Doch ist dieses begrifflich von dem generellen Rechte des Besitzes mit animus domini nach Savigny unter III des Textes zu unterscheiden, und nur eine juristische Abart des deutschen Besitzrechtes ohne an. dom. unter II, in welcher eben dies Besitzrecht rein juristisch als gegeben angenommen wird, obgleich ein faktischer Besitz nicht vorliegt. Zudem dürfte dies singuläre (§. 4 Note 6) juristische Besitzrecht legislativ wohl wertlos sein, und durch die beiden Begriffe des deutschen Faustpfandes und der röm. hypotheca als obligatio rei vollauf überflüssig werden können, auch wenn wir das röm. pignus, d. i. eine zeitweilige Eigentumsübertragung auf die Dauer der Verpfändung (Ziffer 5), nicht neuerdings recipieren. — Von diesem bisherigen juristischen Besitze soll hier nicht weiter die Rede sein. —

wohl klar, dass ein solches ungeschichtliches Mittelding, (welches zudem auf einer Misskennung der wirklichen Geschichte des röm. Eigentumsbegriffes possessio beruht, dessen Wesen wir eben hier näher kennen lernen sollen,) selbst logisch nicht haltbar sein kann. Gegen diese herrschende Besitzlehre hat sich daher bereits nachdrücklich die neueste Forschung erklärt (§. 1 Note 2). Auch ich habe wiederholt in meinem Schriftchen über das heutige Besitzrecht 1880 wie früher darzulegen versucht, wie es vor allem als ein Ding der Unmöglichkeit erschiene, die Gegensätze zu vereinen: eine Sache mit animus domini für sich als eigne oder als Eigentum, und eine Sache eines andern als fremde, ohne animus domini oder nur kraft eines „jus in re aliena", faktisch besitzen zu wollen, kurz somit: eine Vermittlung zwischen Eigentum und jus in re aliena. Ich habe dort ferner erwähnt, wie sich diese herrschende Besitzlehre auch kaum je darüber hinreichende Rechenschaft gegeben haben dürfte, welches denn eigentlich dies Recht „des Besitzes" nach Savigny, also das Recht aus dem Besitze, welches durch diesen Besitz nur entstehen oder „erworben" werden sollte, sei; „denn „durch faktischen Besitzerwerb" kann nicht etwa bloss 1, sondern etwa ein Dutzend der „verschiedensten" Rechte entstehen und erworben werden, nicht bloss das wirkliche heutige Betitzrecht[3]): — die herrschende Besitzlehre hat eben damit einfach einen einzelnen „Erwerbgrund", eine blosse causa der verschiedenartigsten Rechte: den faktischen Besitz, herausge-

---

3) Seitz, das heutige positive und nationale Besitzrecht 1880 S. 55 ff. S. 45 ff. — Aus faktischem Besitzerwerbe kann z. B. entstehen: bei Vorliegen eines animus domini an herrnlosen Gegenständen zufolge der Eigentumserwerbtitel pro derelicto oder pro suo ein sog. absolutes dominium oder possessio justa causa; bei sog. putativa causa: possessio mi Publiciana; ohne justa causa das sog. plus juris oder sog. bessere Recht der possessio ad interdicta (relat. Eigentum); bei Besitzerwerb ohne animus domini ein absolutes oder relatives Besitz- oder Detentionsrecht z. B. des Faustpfandgläubigers, Retentionsberechtigten etc.; bei Servituten eine quasipossessio und petitio servitutis; im Erbrechte eine bonorum possessio pro herede; im Obligationenrechte eine obligation au porteur gegenüber dem Schuldner; im Familienrechte ein Recht vor Dritten u. s. w. u. s. w. — Sollte durch die neueste Definition von Kindel, die Grundlagen des röm. Besitzrechtes, Berlin 1883, S. 20: Der Besitz ist „die rechtlich garantirte Möglichkeit körperlicher Herrschaft" ein präciserer Begriff gewonnen werden können?

nommen und aus diesem blossen Erwerbgrunde schon ein selbstständiges Recht construieren zu können vermeint! Ähnlich etwa, wie dies Recht „des Besitzes“, könnte man da ebendeshalb auch irgend einen andern Erwerbtitel, z. B. den, bei vielen Rechten als Erwerbgrund wiederkehrenden Vertrag, zu einem „besonderen“ Rechtsinstitute construieren, und aus den Dutzenden von Rechten, welche durch Vertrag erworben werden, wie: Eigentum, Erbrecht, Familienrechte, unzählige Obligationen, dingliche Rechte etc. ein besonderes einheitliches „Recht des Vertrages“ darstellen wollen. Sowenig ein solches „Recht des Vertrages“ ein besonderes Recht wäre, ebensowenig das „Recht des Besitzes“ der herrschenden Besitzlehre! — Dieser dritte Begriff der Neueren soll deshalb hier vollständig ausser Betracht bleiben; ich verweise zu seiner wiederholten Widerlegung auf meine allegierte Schrift und auf die folgende Geschichte der röm. possessio, deren Zerrbild nur die herrschende Lehre dargestellt haben dürfte; wir werden es so hier nur mit röm. possessio und Besitz zu thun haben.

Zu I). Zunächst die röm. possessio an res corporales ist kein Besitz, sondern Eigentum. — So sehr beherrscht bereits die germanische Besitzanschauung die gesamte, sowohl die germanische wie die nichtgermanische Rechtswissenschaft, dass selbst die vergleichende Jurisprudenz des Auslandes von der „altgermanischen“ Erscheinung der Rechte an Grund und Boden und deren „Besitzverhältnissen“ ausgehen und aus diesen ein vermeintliches Ureigentum[4]) aller Völker construieren zu können vermeinte. Diese vergleichende Jurisprudenz nämlich betrachtet das Eigentum der altgermanischen „Markverfassung“ als den überall wiederkehrenden Urtypus, in welcher bekanntlich der vorwiegende Teil des Grundes und Bodens, (abgesehen von dem verteilten Saalgute des Einzelnen), der Gesamtheit der Markgenossen als Gesamteigentum oder als Allmende, (späteres unverteiltes Gemeideeigentum), zustand. Da an diesem ungeteilten Gesamteigentume dem

---

4) Emile de Laveleye, das Ureigentum, autorisierte Ausgabe von Dr. Carl Bücher, Leipzig 1879. Man vgl. hiezu: John D. Mayne, a treatise on Hindu law and usage 1778 mit Kohler, Münch. krit. Vierteljahrsschr. XXIII 1881 S. 5, 24 ff. Ross, studies in the early history of institutions III: The theory of village communities. Cambridge Mass. 1880. Hiezu selbstverständlich Maurer, Thudichum, Nasse, Brunner, die Nationalöconomen, wie Hanssen, Lorenz von Stein u. a.

Einzelnen von jeher nur ein blosser Besitz möglich war, so würde, wenn dieses Gesamteigentum ein allgemeiner Urzustand gewesen wäre, wie dies Ureigentum, so auch dessen Gegensatz, das germanische dingliche Besitzrecht des Einzelnen, ein Urrecht aller Völker gewesen sein; es hätte sich somit auch dieses Besitzrecht schon bei den „Römern“ vorfinden müssen, und in Rom hätte nur die röm. possessio dieses allgemeine Besitzrecht repräsentieren können.

Schon auf eine internationale Anregung hin indes habe ich versucht, das Unzutreffende einer solch' ausnahmslosen Regel eines allgemeinen Ureigentumes und Urbesitzes zu zeigen [5]). Von solchen Rechten mag bei vielen, ja vielleicht den meisten indogermanischen (§. 4) Völkern die Rede sein: bei Germanen, Romanen, Indern und Slaven. Ein Volk der antiken Geschichte aber besteht zweifellos, welches von dieser, sonst wohlbegründeten Regel eine präcise Ausnahme bildet und das altgermanische und allerdings heutzutage internationale dingliche Besitzrecht niemals kannte: es ist das römische. — Hier stand an Grund und Boden nur: Eigentum dem Eigentume, niemals Eigentum einem dinglichen Besitzrechte gegenüber; insbesondere die antike röm. possessio war, wie wir sehen werden, nie Besitz, sondern stets Eigentum, und es gab so dort nur entweder ein Eigentum, oder kein Recht einer ähnlichen Disposition über die ganze Sache. — Jener vergleichenden Rechtsgeschichte gebe ich deshalb zwar zu, dass von einem individuell geteilten Grundeigentume bei einem Nomadenvolke und jedem Volke keine Rede sein kann, solange dasselbe noch nicht von Fischfang und Jagd zu Viehzucht und Ackerbau vorgeschritten ist. Aber daraus, dass dieses Eigentum nicht geteilt werden kann, folgt doch noch keineswegs, dass jenes Volk der Kindheit sich gerade notwendig stets zugleich zu der Abstraktion eines, vom Eigentume verschiedenen und trennbaren, diesem Eigentume oder Gesamteigentume gegenüber frei beweglichen, möglicherweise selbst besonders veräusserlichen Institutes des jus in re eines „Besitzrechtes“ emporgeschwungen haben musste. Weit einfacher scheint mir da sogar die Vorstellung, dass an diesem ungeteilten Boden des Gesamteigentums dem Einzelnen nichts, als Miteigentum zustehen sollte, in dessen, alle einzelnen Sachenrechte

5) Rechtsgeleerd magazijn, Haarlem 1882, I S. 279 ff. mit §. 4 unten.

umfassender Totalität der Mitbesitz des Einzelnen sich consolidiert und verschwindet, wenigstens gar nicht als besonderes Rechtsinstitut zum Ausdrucke gelangt und erkannt wird. —

Das aber bildete in der That den Gegensatz der Rechtsanschauung gerade im ältesten Rom bis nach Justinian gegenüber dem Rechte der übrigen indogermanischen und heutigen Welt.

1. Schon in den hieher bezüglichen Verhältnissen der röm. Feldgemeinschaft bewährt sich diese Theorie eines Ureigentums mit einem „Urbesitze" nicht. Sehen wir, wie Th. Mommsen diese schildert: In den ältesten Zeiten war nach Mommsen das Ackerland gemeinschaftlich, wahrscheinlich nach Geschlechtsgenossenschaften bestellt. Der Ertrag erst wurde verteilt, (erst dieser demnach Einzeleigentum und „Einzelbesitz"). Noch späterhin war in Rom selbst das Zusammenwohnen der Mitbesitzer (es sind da possessores, also Miteigentümer gedacht) sehr häufig [6]). Nicht einmal die, bei der deutschen Feldgemeinschaft vorkommende Verbindung von geteiltem Eigentume und gemeinschaftlicher Bestellung der Genossen hat aller Wahrscheinlichkeit nach in Italien bestanden. Die Individualnamen der röm. Hufen, fundus Cornelianus etc. zeigen deutlich, dass der röm. Grundbesitz von Haus aus faktisch geschlossen war [7]). — Soweit Mommsen. — Schon hier ist somit nirgends für ein, vom Eigentume ausgeschiedenes und besonders geteiltes „Besitzrecht" Raum, wie bei den Markgenossen der Germanen. Denn während bei den Germanen nur das Eigentum gemeinschaftlich, Besitz und Früchte aber geteilt erscheinen, sind in Rom umgekehrt sowohl Eigentum als Besitz, selbst auch die Wohnung, gemeinsam; erst die Früchte wurden von den compossessores oder Miteigentümern zu Sondereigentum geteilt. All' dieses schliesst einen geteilten „Besitz" an Grund und Boden aus.

Wie sich nun aber schon in jener primitiven compossessio der alten röm. Feldgemeinschaft kaum je eine Betonung eines Besitzes diesem Miteigentume gegenüber gefunden haben wird, ebensowenig in allen sonstigen einzelnen praktischen Anwendungen oder Einzelerscheinungen der possessio von den ältesten Anfängen

6) Th. Mommsen röm. Gesch. I. Bd. 3. Aufl. S. 182.

7) Mommsen l. c. S. 182 Note. — Diese Felgemeinschaft bestand nach Mommsen l. c. S. 151, 183—4 lange Zeit; erst verhältnismässig spät erfolgte die Aufteilung des Landes.

Roms bis auf Justinian. — Fassen wir zunächst deren direkte Anwendungen ins Auge. —

2. Eine direkte und wohl die ursprünglichste [7a]) Anwendung fand die possessio in Rom vor allem in dem Rechte der Ansiedelung (sedes), welche in den ersten Jahrhunderten der Stadt, ich erinnere an den ager publicus, wohl die hervorragendste Rolle spielte. Aus ihr ist nach Labeo und Paulus der Name possessio überhaupt entstanden. [8]) Der Ansiedler animo domini nämlich auf herrnlosem Grund und Boden, welcher unter Justinian bereits dominus heisst, hiess vor Justinian nie dominus, sondern stets nur, wenigstens bis zur classischen Zeit nur, possessor; — denn entweder occupierte er italisches Land, (eine res mancipi), dann erwarb die blosse occupatio ohne mancipatio etc. ohnehin nur possessio, kein civiles dominium; oder er occupierte ein Provinzialgrundstück; dann war überhaupt kein anderes Eigenthum, als possessio, möglich §. 21. — Dass aber diese possessio animo domini des Ansiedlers auf herrnlosen Boden nicht etwa ein blosser „Besitz“ im heutigen Sinne, sondern ein wirkliches, selbst ein sog. absolutes „Eigentum der possessio“ war, besagt sowohl Paulus in der alleg. l. 1 §. 1 de poss. von diesen Ansiedelungen (sedes) direkt mit den Worten: nam haec protinus „eorum fiunt,“ qui primi possessionem eorum apprehenderint, als auch ergibt sich dies aus dem Umstande, dass die causae pro derelicto und pro

---

7a) Dass andere röm. Juristen eine Hypothese über die Entstehung der possessio überhaupt mit dem Worte „comparata“ bei Gajus IV §. 148, (cf §. 147) §. 4 J. 4, 15, Theophilus etc. und mehr, als eine solche über das „Geschaffensein“ und die „Bestimmung des speciellen Interdiktes uti poss. u. utrubi aufstellen wollten, scheint mir kaum glaublich; vgl. Dernburg Entw. u. B. des jurist. Besitzes etc. S. 14 zu Note 7 u. 8.

8) l. 1 pr. u. §. 1 D. de poss. 41, 2: Possessio appellata a „sedibus.“ Sedes heissen hier Ansiedelungen oder Niederlassungen, u. zw. ab eo, qui insistit, i. e. von einem, welcher dauernd sich niederlässt, und, da der possessor an sich schon stets animus domini hat, selbstverständlich zum Zwecke des Eigentumserwerbes; sie heissen nicht etwa ein blosses „Sitzen“ zum Zwecke des germanischen Besitzrechtes oder Innehabens, wie das Wort seit der germanisch beeinflussten Glosse (§. 4 Note 20) übersetzt wurde. Vgl. auch Festus s. v. possessiones: agri late patentes — ut quisque occupaverat, possidebat, (Huschke; colebat Niebuhr). Ueber die gleichzeitige Bezeichnung der Art des Rechtes durch das Objekt possessio bei den Römern v. §. 5 unten.

suo des possessor animo domini, welche durch eine derartige Ansiedlung begründet werden, zweifellose Titel selbst eines absoluten Eigentumerwerbes sind [9]).

Damit ist ferner nun zugleich auch — als eine blosse „Anwendung" des Rechtes der Ansiedlung — die vielbesprochene possessio am „ager publicus" juristisch erklärt, an welchen Niebuhr die Entstehung der possessio knüpft [9a]), und von welchem uns Festus berichtet, dass der jeweilige Occupant, ut quisque occupaverat, denselben innehatte (Festus s. v. possessiones: agri late patentes publici privatique, quia, — ut quisque occupaverat, possidebat). Wie jenes Recht der Ansiedlung ist auch diese ein nicht zu bezweifelndes „Eigentum," niemals Besitz. Dies erklärt näher deren Anwendung in der röm. Geschichte. In Rom wurde bekanntlich ein Teil der eroberten Ländereien der Occupation" des Einzelnen e populo, d. i. bei Entstehung der Republik: der Patricier, überlassen; es war dies ja eben in Wirklichkeit jenes bekannte, für die Republik so verhängnisvolle Occupationssystem [10])

---

9) l. 1 D. pro derelicto 41, 7; l 2 D. pro suo 41, 10; § 47 und §. 12 J. de rer. divis. 2, 1. — Aus dem Umstande, dass die röm. possessio sofort durch Occupation erworben wird, scheint Ryk (in einer Recension meines Besitzrechts, Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 26 S. 625) nach bisheriger Art zu folgern, dass possessio nicht Eigentum sein könne. Dies würde das Dasein eines animus domini ausser Acht lassen und den Satz: res nullius cedit primo occupanti ausschliessen. Freilich wird überdies auch die bisherige, unmögliche Ansicht fallen gelassen werden müssen, dass das absolute Recht, z. B. das Eigentum, nicht stets zugleich ein relatives sein könne; vgl. Ende dieses §.

9a) Niebuhr röm. Gesch. 2. Aufl. T. II S. 146, 161 f., 170 f. Savigny R. des Bes. 6. Aufl. §. 12a, bes. S. 217; Huschke, Schwegler, Marquardt, Dernburg u. a. darüber unten §. 20 mit Note 5, 12. Ob dieses röm. Eigentum früher oder später, wie schon Sav. S. 216 glaubt, zugleich ein widerrufliches, einziehbares war, ist für den röm. Begriff des Eigentums gleichgiltig; auch die wiederrufliche, precaria possessio war widerrufliches Eigentum (unten Ziff. 5). — Ueber die Bedeutung des Wortes publicus vgl. §. 10 N. 26 f. mit §. 9 (auch §. 9 Note 3).

10) Mommsen r. Gesch. I S. 260 f. Diese Occupation erfolgte anfänglich durch die Patricier gegen Entgelt: Zehent oder Hutgeld; später unterblieb die Erhebung auch dieses. Bezüglich des Hutlandes wurde noch z. Zeit der Einführung der Republik betont, dass blos Patricier Gemeindeweide haben durften; die übrigen agri wurden teils occupirt, teils auch an andere (plebs etc.) assignirt.

der „possessio“, jenes Recht der Ansiedelung oder Occupation, welches zu den fortwährenden Kämpfen zwischen Patriciern und plebs, zu den vielfachen leges agrariae, schon im Jahre 268 zu dem ersten Ackergesetze des Spurius Cassius, dann zu dem Licinischen, Sextischen und anderen Ackergesetzen bis auf Caesar, u. a. namentlich auch zu den Grachischen Unruhen etc. etc. führte. Das Motiv dieser Unruhen war kein anderes, als: dass die Patricier an diesen agri ausschliesslich „Eigentum“ erwarben; dass es sich hier um Eigentum handelte, ist noch jetzt geschichtlich nachweisbar [11]).

3. Eine weitere direkte Anwendung der röm. possessio hat bereits die bisherige Jurisprudenz richtig nicht als Besitz, sondern in dem in bonis als sogen. bonitarisches „Eigentum“ umschrieben: Eine res „in bonis“ oder zugleich „im Vermögen nach jus gentium“ ist nämlich nichts, als eine Umschreibung des Eigentumsbegriffes possessio, durch welche dieser Eigentumsbegriff nur zugleich noch mehr juristisch reguliert wird, so dass derselbe noch sichtlicher von einem bloss faktischen Besitze im heutigen Sinne sich unterscheidet. Hierüber näheres unten [12]).

Verwandt hiermit ist die bonorum possessio, das Doppelrecht des dominium hereditatis. — Dass dies in bonis überhaupt in Rom Eigentum war, wird heutzutage wohl von niemanden bezweifelt, und würde auch von selbst klar werden: u. a. eben schon durch den Umstand, dass beispielsweise der ganze justinianische und heutige „Eigentumserwerb“ an res mancipi mittels traditio etc. ex justa causa, welcher jetzt seit Justinian dominium heisst, vor Just., weil solchem Erwerbe die civile mancipatio oder in jure cessio etc. mangelte, nicht anders, als in bonis oder possessio hiess, sowie durch die weitere unbezweifelte Thatsache, dass dasselbe in bonis dnrch Justinian mit dem civilen dominium ex jure Quiritium vereinigt wurde.

4. Eine dritte direkte Anwendung ist die possessio als Provinzialeigentum. — Es ist ein intensiver Irrtum der neueren Rechtsgeschichte, wenn sie seit Puchta, entgegen Savigny, glaubt, das Provincialeigentum des Einzelnen an Grund und Boden habe dominium geheissen; davon §. 21. —

---

11) V. §. 20 Note 5 mit §. 9 u. 10.

12) Vgl. unten §. 23 u. 5. Die Identität von possessio und in bonis erkennt bereits an u. a. Savigny R. d. Bes. 6. Aufl. §. 8 S. 107 Note 2, §. 9 S. 116, §. 12a S. 219 etc.

Schon diese direkten Anwendungen werden zeigen, wie die possessio sich in Rom keineswegs als heutiger „Besitz“ bewegte, sondern als duplex dominium neben dem civilen dominium ex jure Quiritium; dass es so ferner ein Eigentum war, welches einem wirklichen Bedürfnisse in Rom, einer Lücke des Eigentums des röm. Reiches, entsprach und selbst einem weit grösserem Anwendungsgebiete, als das vorjustinianische dominium ex j. Quirit., diente. Denn die röm. possessio galt als Provincial- und bonitarisches Eigentum, somit als ausschliessliches Grundeigentum der unermesslichen Provinzen Roms einschliesslich des späteren Kaisersitzes Byzanz, als ausschliessliches Eigentum für Nichtcives, und auch in Italien als nicht civiler Eigentumserwerb; ja selbst auch als quirit. Eigentumserwerb: als possessio am ager publicus etc.! — Vergleichen wir deshalb sofort, „wie“ sich die Römer hier nicht einen „Besitz“, sondern ein „Eigentum“ neben einem andern civilen Eigentume auch in Fällen denken konnten, in welchen wir nach unsern heutigen Begriffen bisher unmöglich glauben könnten, dass hier etwas anderes, als ein Besitz, denkbar sei. —

Beispielsweise hatte der römische Staat nach Gajus II, 7 am Provincialboden, oder der röm. Bürger an res mancipi, das civile dominium ex j. Quirit. Nach modernen und germanischen Begriffen ist in diesen Fällen, bei den einmaligen Vorliegen eines wirklichen „Eigentumes“, ein Eigentum eines Andern an demselben Gegenstande ausgeschlossen; selbst auch wohl in dem sog. dominium utile des Lehenrechtes. Nur ein „Besitz“ dieses Anderen ist uns noch denkbar. — Anders in Rom mit seinem duplex dominium. — Dort schloss dies civile dominium ex j. Quir. nicht aus, dass je nach seinem persönlichen Rechte entweder der Provinciale an dem provinciale solum, oder der Patricier an dem ager publicus, trotz des dominium des Staates, oder dass ein Private an res mancipi neben dem einen dominium ex j. Quirit. eines civis, noch ein zweites Eigentum, im ersten Falle das Provinzialeigentum „possessio,“ im letzten das sog. bonitarische Eigentum der „possessio,“ erwarb. — Sein Erwerb erfolgte alsdann, soweit nicht abweichende vorjustinianische Rechtsverhältnisse in Frage kamen, fast ganz nach denselben Rechtssätzen der röm. possessio, wie wir sie noch heutzutage im corpus juris überliefert vorfinden. — War nämlich die Sache herrnlos, dann genügte in der classischen Zeit zum originären Erwerbe eines vollen Eigentumes: corpus und

die Absicht, Eigentum zu erwerben, allein; eine Absicht, welche wir — nebenbei — seit der Vereinigung des dominium und der possessio (in bonis) durch Justinian — mit Theophilus allerdings als animus „domini“ bezeichnen dürfen, zuvor aber richtiger als animus possidendi, d. i. als blosse Absicht, Eigentum nach jus gentium oder possessio, nicht aber civiles dominium zu haben, bezeichnen [13]. War dagegen der Erwerb ein derivativer, dann freilich bedurfte es zum Erwerbe des rechtmässigen Eigentumes der possessio einer andern justa causa des Eigentumserwerbes; aber eben auch diese justae causae des Eigentumserwerbes sind alle, wie wir sofort unten zu Note 46 ersehen werden, und wie wir Romanisten bisher vollständig übersehen haben, nicht etwa bloss die causae acquirendi „dominii“ bei res nec mancipi vor Just., sondern inhaltlich des röm. corpus juris geradezu die causae „possidendi“ und die causae des „Erwerbes“ der röm. possessio! War nun aus einer solchen justa causa die possessio an res mancipi von dem bisherigen civilen dominus selbst veräussert worden, z. B. durch blosses vendere und tradere der res mancipi seitens des civis, dann wurde von ihm zwar das civile dominium ex j. Quirit. nicht verloren; denn dies konnte niemals ohne civilen Erwerbeakt der mancipatio etc. verloren werden; aber dieses civile dominium wurde hiedurch ein inefficax oder nudum: der possessor obsiegte jetzt über den dominus [14]) mit der actio des possessor, der Publiciana, wenigstens in Bezug auf das Eigentum nach jus gentium oder die possessio (in bonis), welche allein zur Nutzung, zum Fruchtgenuss berechtigte. — War aber umgekehrt die possessio nicht durch eine justa causa unterstützt, würde z. B. unter den Grachen die possessio des, von den Patriciern gegen neuerliches allgemein bindendes Plebiscit occupierten, ager publicus von dem Staate als dominus ex j. Quir. wieder eingezogen worden sein, oder war der civis, welchem gegenüber von einem Peregrinen eine possessio nach jus gent. geltend gemacht wurde, selbst „justus“ und „plenus dominus,“ welcher von seinem civilen dominium das bonitarische Eigentum der possessio nicht selbst ex justa causa wegveräussert hatte, so dass also der possessor die Sache nur etwa gutgläubig von einem dritten Nichteigentümer erkauft hatte, oder war end-

---

13) Grünhuts Zeitschrift VI S. 729—730 mit Note 9 daselbst. Vgl. unten § 21 a. E.

14) Vgl. unten Note 50 §. 24 N. 16.

lich der possessor vollends ein vitiosus possessor, welcher überhaupt nur vi, clam oder precario die Sache zu Eigentum occupiert hatte, so musste wieder umgekehrt das Eigentum der possessio dem besseren civilen dominium ex j. Quir. plenum vollständig weichen. — Endlich ganz ebenso, wie gegenüber dem civilen dominus, fungierte auch das Recht der possessio unter sich, d. i. zwischen den possessores oder verschiedenen Eigentumsprätendenten, welche nicht domini waren, einzig als: Eigentum, nie als Besitz. Auch hier wich der „schlechtere Eigentümer" dem besseren: der Prätendent ohne possessio (ohne corpus und animus) schon dem blossen possessor ad interdicta; der letztere, wenn er vitiosus possessor war, dem bonae fidei possessor mit Publiciana; dieser, falls seine causa eine nur putativa war, wieder dem possessor justa causa; z. B. es wich der spätere Ansiedler oder Occupant animo domini dem ersten Occupanten [15]) u. s. w. Nur derjenige, welcher so nicht einer Eviktion etc. unterliegt, hat die Sache wirklich in Vermögen: in bonis oder ist juristisch: possessor. §. 23. — So war in allen denkbaren Fällen die possessio corporalis entweder ein „Eigentum" oder „kein Recht", d. i. im letzteren Falle eine blosse Eigentums-Prätention, welche dem „besseren" Eigentume gegenüber rechtlos war, ohne dass jemals ein heutiges Besitzrecht übrig blieb.

5. Aber nicht bloss diese direkten Anwendungen der possessio, sondern selbst auch die vermeintlich „abgeleitete possessio": des pignus, precarium und sequester war in Rom ein wirklicher Eigentumserwerb; auch dieser possessio stand in Rom ein animus domini, (vor Just. an. possidendi), zur Seite; niemals war sie in Rom ein heutiger vermeintlicher abgeleiteter „Besitz." (Ueber deren heutige Construktion vgl. oben Note 2a). — Die gesammte Verpfändung ging beispielsweise in Rom (abgesehen von der, wohl aus Griechenland herüberverpflanzten hypotheca, welche begrifflich eine blosse obligatio rei, d. i. eine blosse Verhaftung des jeweiligen Eigentümers, zwar nicht mit seiner Person, aber mit der Substanz der Sache, involvierte), niemals durch Besitzübertragung, sondern ausschliesslich durch „Eigentumsüber-

---

15) Mein heutiges Besitzrechs 1880 Berlin etc. S. 133 N. 24; m. vgl. l. 1 §. 1 D. 41, 2; arg. fragm. Vat. §. 315 etc. Es ist dies der Titel der älteren possessio, welchen Delbrück irrtümlich dem älteren deutschen Rechte zuschreibt; v. N. 61.

tragung" zum Zwecke und auf die Dauer der Verpfändung, vor sich. Die Verpfändung in Rom nämlich erfolgte entweder mittels des civilen Doppelrechtes der fiducia, dann lag zum Zwecke der Verpfändung sogar eine zeitweise Uebertragung des civilen dominium ex j. Quirit., oder mittels des Doppelrechtes des pignus des jus gentium, dann lag eben eine zeitweise, (widerrufliche) Uebertragung der possessio oder des „Eigentums" nach jus gentium vor[16]). — Wie aber bei der fiducia das dominum ex j. Quirit., ganz ähnlich wurde im röm. precarium vorübergehend und in widerruflicher Weise kein Besitz, sondern nichts, als das „Eigentum" der possessio nach jus gentium übertragen. Dasselbe ist dasjenige relative Eigentum, welches gegenüber Dritten und mit Einwilligung des bisherigen Eigentümers ein rechtmässiges, widerrufliches Eigentum, wider dessen Willen dagegen ein unrechtmässiges oder vitioses Eigentum ist [16a]). Dieses „Eigentum auf Zeit," welches sich noch im englischen Rechte findet (v. Ende dieses §), begriff bis jetzt bei uns wohl ein hervorragender Teil der deutschen Jurisprudenz nicht; dieses Institut fand indessen in Rom nach einer Bestätigung des Gajus II, 60 sogar teilweise eine dualistisches Correlar (sein Doppelrecht) auch noch in einer civilen Eigentumsübertragung auf Zeit, nämlich in der civilen „fiducia cum amico", quod tutius

---

16) Abgesehen von den allg. Beweisen der Eigentumsnatur der r. possessio ergibt sich dies u. a. aus l. 9 §. 2 D. de pign. act. 13, 7; proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit (Eigentum des Gläubigers wird); hypothecam, cum non transit nec possessio, (d. i wenn nicht einmal Eigentum nach jus gentium übergeht); ferner aus der usureceptio der possessio, eine Rückersitzung, welche Eigentum des creditor voraussetzt: Gajus II §. 61: si rem obligatam sibi populus vendiderit — ex praediatura possessionem usu recipit; aus dem Satze des latinischen Bündnisses von 260 a. u. bei Festus s. v. nancitor: si quid pignoris nancitor, sibi habeto; aus l. 12 §. 1 D. quib. modis pign. 20,6 welche vom Pfandgläubiger die Ausdrücke: rem persequi und „vindicatio rei" gebraucht; (Savigny Bes. 6. Aufl. S. 124 N. 3, welcher dies zugiebt, leitet aus dieser Stelle doppelt unrichtige Folgen ab).

16a) Vgl. l. 13 §. 1 D. de Public. 6, 2 mit l. 1 §. 9 D. uti poss. 43, 17. Dagegen noch Windscheid Pand. I §. 154 Anm. 4; Dernburg jurist. Bes. 1883 S. 63 Note 6, etc. — Stört es denn den „Begriff" meines Eigentums, wenn ich es dereinst freiwillig veräussern will? Warum sollte es denselben stören, wenn ich das Veräussertsein von einem bestimmten Zeitpunkte gleich anfangs rechtlich wirksam festsetze? Erkennen wir nicht auch resolutive Eigentumsvorbehalte etc. an?

nostrae res aput eum essent; bekanntlich spielte ferner ja auch dieses Institut des praecarium seine hauptsächlichste Rolle bei der vorübergehenden oder doch widerruflichen Eigentumsüberlassung von Ländereien durch die Patricier an tenuiores und an Clienten [17] (Peregrinen), und zwar der innerhalb des territorium gelegenen an cives, der ausserhalb gelegenen an diese und Peregrinen, welche letztere im territorium selbst ursprünglich nur eine servitus erwerben konnten §. 15 mit 5 e; vielleicht auch später (ob auch früher?) bei den Patriciern selbst in der Occupation des eroberten aber nicht mehr concedirten ager publicus, so etwa nach der lex Licinia Sextia de modo agri et pecoris a. u. 387. — Aehnlich endlich war die possessio des röm. sequester kein Besitz, sondern nichts, als eine vorübergehende Uebertragung eines (vielleicht prätorischen) Eigentums der possessio an der, in Streit begriffenenen Sache auf die Dauer dieses Eigentumsstreites. — Die emphyteusis ist überh. nicht abgel. poss. §. 21, Note 9. — Bei dieser gesamten sogen. abgel. possessio nun gestaltete sich in Rom das Rechtsverhältnis so. Während wir heutzutage annehmen, dass in diesen Fällen der bisherige Eigentümer auch fernerhin Eigentümer verbleibt und auf den Pfandgläubiger, Precaristen und Sequester eben lediglich das, dem röm. Rechte unbekannte, germanische Besitzrecht ohne animus domini, somit ein jus in re „aliena“ übergeht, wurde in Rom gerade umgekehrt das wirkliche, eigentlich wirksame „Eigentum“ der possessio mit animus domini, oder, was dasselbe ist, mit animus possidendi oder rem sibi habendi (— eine Uebertragung des letzteren animus auf blossen heutigen „Besitz“ ist unrömisch u. unmöglich —) auf diesen sogen. abgeleiteten possessor übertragen. Dem früheren Eigentümer somit verblieb in Rom nur, wenn er zugleich civiler dominus ex j. Quirit. war, dieses civile Eigentum als ein dominium nudum; das Eigentum der poss. nach jus gent. dagegen ging auf den Pfandgläubiger, Precaristen etc. vollständig über. War er deshalb nicht zugleich civiler dominus, sondern blosser Eigentümer nach j. g. oder possessor, so ging eine Zeit lang, — auf die Dauer der Verpfändung, des precarium, der Sequestration — sein ganzes Eigentum verloren. — Eine einzige Ausnahme trat ein, wenn der verpfändende bisherige

---

17) Festus s. v. patres: agrorum partes ad- (tribuerant tenuioribus) perinde ac liberis. — Mommsen röm. Gesch. I S. 188. Savigny R. d. Bes. §. 12 a, Z. 3, 6. Aufl. S. 222 mit §. 42 S. 563.

Eigentümer ein civis war und die Sache noch nicht usucapiert hatte in diesem einen Falle verblieb ihm die sog. possessio ad usucapionem [18]), d. i. das Recht einer adjectio des civilen und des absoluten dominium ex j. Quirit. zu diesem seinem relativen Eigentume der possessio nach j. gent. mittels usucapio, und diese gewährte demselben bekanntlich den doppelten Vorteil: 1) dass dieses etwaige blosse „relative“ Eigentum der possessio in gutem Glauben sich in ein sogen. absolutes, rechtmässiges verwandelte, und 2) dass zu diesem Eigentume der possessio nach jus gent. nun auch noch das civile dominium ex j. Quir. hinzuerworben wurde, so dass sein Eigentum jetzt ein plenum dominium war. Im übrigen ging das Eigentum der noch nicht usucapierten possessio, abgesehen von der Usucapion, auf den neuen, sogenannten abgeleiteten possessor, (nach dem Satze: nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet), nur insoweit vorübergehend über, als der frühere Eigentümer oder Pfandschuldner, precario dans etc. selbst Eigentümer war: war er possessor ex justa oder sog. putativa causa mit Publiciana, so wurde eben Publicianisches, war er dagegen blosser unrechtmässiger Eigentümer oder possessor ad interdicta, so wurde nur dieses relative Eigentum oder bessere Recht übertragen, verpfändet etc. Niemals aber wurde selbst auch auf diesen sogen. abgeleiteten possessor das heutige blosse jus in re aliena des „Besitzes“ übertragen!

6. In gleicher Weise war auch jede andere [19]), z. B. auch die römische quasi-possessio juris, niemals heutiger „Besitz,“ sondern stets ein „Recht.“ Noch Justinians Compilation erwähnt abwechselnd eine possessio und ein „dominium“ juris sowie eine quasi-possessio und ein „quasi-dominium“ juris [20]), — obgleich

---

18) l. 1 §. 15 l. 36 de poss.; l. 16 de usurp. 41, 3; l. 29 de pign. act. 13, 7. Savigny R. d. Bes. §. 24 6. Aufl. S. 342 f.

19) Selbstverständlich dürfen wir nicht solche Anwendungen des Wortes possessio hereinziehen, von welchen die Römer selbst bestätigen, dass keine wirkliche (juristische) possessio vorliegt §. 4 b; z. B. die corporalis possessio, ein blosses corpore, ohne animus domini possidere; das in possessione esse oder tenere; die naturalis possessio der späteren röm. Juristen §. 14, etc.

20) V. mein heutiges Besitzrecht 1880 S. 40 N. 39. Savigny R. d. Bes. 6. Aufl. §. 12 a S. 219 b. Arndts Pand. §. 126 Anm. 1 etc. —

unter Justinian die civilen Erwerbarten der in jure cessio etc., welche früher, vor Just. civiles quasi-dominium an solchen jura übertrugen, zumeist ausser Uebung gekommen waren, und so letztere Bezeichnung in der Compilation seltner wurde. — Wir haben es also auch selbst in der röm. quasi-possessio nur wieder mit einem röm. „Doppelrechte“ für die servitus, nimmermehr mit einem faktischen „Besitze“ im heut. Sinne im Gegensatze zu einem Rechte zu thun. Dass diese röm. possessio juris keine blosse Thatsache des Besitzes sein konnte, beweisen überdies auch wohl schon die Worte possessio „juris“, der Umstand, dass diese quasi-possessio durch Vertrag [21]) erworben wurde u. s. w. Es bezeichnen demzufolge die Worte quasi-possessio wie quasi-dominium einzig die Qualification des Erwerbes des Rechtes der Servituten: ob dieselben nach jus gentium etc. zu possessio oder nach jus civile zu dominium erworben wurden, niemals Besitz.

7. Ja so wenig ist diese römische possessio selbst ein thatsächlicher (faktischer) „Besitz“, dass dieselbe nicht einmal im entferntesten, wie die bisherige germanische und romanische Welt in Folge ihrer bisherigen Identificirung beider angenommen, notwendig durch diesen faktischen Besitz entsteht oder erworben wurde; und das „müsste“ denn doch der Fall sein, wenn die possessio selbst die Thatsache, das thatsächliche Verhältnis des „Besitzes“ sein sollte; denn die Thatsache, dass ich faktisch besitze, kann doch wohl nur wieder durch eine Thatsache, nimmermehr ohne einem solchen thatsächlichen Verhältnisse durch blosse abstrakte Rechtsvorschrift, entstehen und in äussere, sicht-

---

Ein quasi-dominium (superficiei) wird z. B. erwähnt in l. 3 §. 7 D. uti poss. 53, 17: quo alius quasi-dominus moretur; ein dominium ususfructus in l. 3 D. si ususfr. 7, 6; l. 8 pr. D. de reb. auct. jud. 42, 5; ein dominium proprietatis, d. i. des Rechtes, welches deducto usufructu übrig bleibt, in l. 15 §. 6, l. 72 D. 7, 1; l. 17 D. 7, 4; l. 16 §. 1 D. 7, 8; l. 9 D. 7, 9; l. 17 §. 1, l. 19 §. 1 D. 9, 4; l. 4 §. 9 D. 10, 1; l. 49 D. 41, 1 etc. Ebenso findet sich vielfach ein dominus hereditatis neben dem possessor hereditatis, somit gleichfalls ein dominus und possessor juris (universi) etc.

21) Gajus II §. 31: haec (sc. in jure cessio ususfructus etc.) in Italicis praediis ita sunt, — alioquin in provincialibus praediis — pactionibus et stipulationibus id (sc. jus in re) efficere potest. Ein Vertrag könnte nie die Thatsache eines faktischen Besitzes oder Innehabens der Sache bewirken!

bare Erscheinung treten: nur wer die Sache „thatsächlich“ hat und thatsächlich über sie verfügt, „besitzt.“ —

a) Vor allem nämlich bewirkt schon die röm. traditio, aus welcher das Recht oder Eigentum der röm. possessio nach jus gent. entstehen kann, keineswegs notwendig diesen faktischen „Besitz“ im heutigen Sinne des Wortes. — Allerdings entsteht die röm. possessio u. a., und nach jus gentium sogar regelmässig (vgl. etwa Note 31—33), durch die traditio oder Apprehension des jus gentium überhaupt, und ist auch diese röm. traditio oder das röm. factum zweifellos eine „Thatsache“: Die Eigentumsübertragung der possessio nach jus gentium nämlich erfolgte nicht, wie im jus civile, durch abstrakten „Vertrag“, sondern durch eine blosse äusserliche „Thatsache“, (eine Verthatsächlichung nach Mommsen oder ein fait accommpli §. 16); einfach deshalb, weil die, des commercium beraubten Fremden zu persönlichen „Verträgen“ rechtlich unfähig gewesen wären; davon unten §. 16. — Aber schon die Thatsache dieser römischen traditio unterscheidet sich in Rom und unterschied sich, wie die neuesten Forschungen von Brunner[21a]) ergeben, in Italien selbst bis über die Dauer des röm. Reichs hinaus, bis in das romanische Mittelalter, wesentlich in 2 Punkten von einer heutigen „Besitzübertragung.“

Vor allem nämlich „entsteht“ bei der röm. traditio nur das Recht der antiken possessio durch dieses Faktum, wie jedes andere Recht durch ein Faktum oder eine Thatsache „entstehen“ muss, ohne dass dies Recht deshalb selbst eine blosse Thatsache wird. Wie z. B. das persönliche Recht der Obligation durch die äussere Thatsache der Consenserklärung oder des Vertrages, das Erbrecht durch die äussere Thatsache der Willenserklärung des Testators und Erben, so entsteht das Recht des Eigentumes der possessio lediglich durch das factum der röm. traditio, ohne selbst die blosse Thatsache: weder des röm. factum noch des deutschen Besitzes, zu sein. [22]).

Und zweitens ist dies röm. factum oder die Thatsache der röm. traditio, durch welche dies Eigentumsrecht der röm. possessio entsteht, eine möglicherweise ganz andere Thatsache,

---

21 a) Vgl. §. 16 Note 34.

22) Possidere „incipere“ posse - rem facti, non juris esse l. 1 §. 3 D. de poss. 41, 2; vgl. unten §. 16 mit N. 4 daselbst.

als ein Besitz [22a]) oder ein Faktum im heutigen Sinne, d. i. als der thatsächliche Zustand, welchen die heutige Besitzübertragung herbeiführt. Daraus nämlich, dass das röm. factum der traditio gleichfalls eine Thatsache ist, folgt noch lange nicht, dass dieselbe gerade die nämliche Thatsache, wie der heutige Besitz, dieses andauernde Innehaben der ganzen körperlichen Sache ohne animus domini, war. Z. B. der Pächter, Mieter etc. „besitzt" nach heutigen Begriffen (§. 4), während bei ihm niemals das röm. factum vorliegt, welches Voraussetzung des Erwerbes der röm. possessio ist. Das factum vielmehr, aus welchem die röm. possessio entsteht, ist die „vorübergehende" Thatsache des röm. corpus [22b]) mit animus „domini", wörtlich die vorübergehende, äussere „Verkörperung" oder Verthatsächlichung des Willens, dass das „Eigentum" nunmehr sofort übergegangen sein solle, eine vorübergehende Verkörperung, welche den röm. Eigentumsübergang der traditio („trans-itio", nicht transdatio,) nun auch äusserlich als röm. factum oder als vollendete „Thatsache" (§. 16) hervortreten, erkennen lässt. Auf diese Weise ist aber auch die Thatsache des heutigen „Besitzes" eine ganz andere Thatsache, als die der röm. traditio. Der heutige fact. Besitz ist dagegen das länger andauernde, auf die ganze Dauer des Besitzrechts sich fortsetzende Innehaben der ganzen Sache; es muss, wenn überdies ein animus domini hinzutritt, d. i. wenn fortdauernder Besitz und animus domini vereint ist, als ein plus zwar selbstverständlich stets zugleich das minus jener vorübergehenden Verthatsächlichung oder Willensverkörperung der röm. traditio oder des röm. factum in sich schliessen, nicht aber umgekehrt muss jede röm. traditio auch das länger andauernde Innehaben der heutigen Besitzübertragung sein; denn

---

22a) Durch diese und die in §. 16 u. 4 folgende Erörterung glaube ich nun auch das Wesen unsres heutigen faktischen Besitzes näher zeigen zu können, dessen Schilderung Brinz in der Recension meines Besitzrechts, krit. Vierteljahrsschrift Bd. 23 (1881) S. 416f. vermisst. In der ganzen Besitzlehre Savignys findet sich beispielsweise ein wirklicher Besitz nur in der heutigen Auffassung des Faustpfandes, Precarium, der Sequestration, nicht in der röm. Auffassung derselben Institute; vergl. §. 4 Text nach Note 30—32.

22b) Gegen diese, von Bekker, Kindel und mir schon früher geäusserte Meinung, dass das corpus nicht ein Zustand, sondern ein vorübergehender Vorgang sei, neuerdings noch Otto Wendt in d. Jahrb. v. Ihering, Unger u. Bähr Bd. 22, 1884 S. 348f. M. vgl. hieher §. 16.

soviel an Dauer ist zur Willensverkörperung der röm. traditio nicht einmal erforderlich. Vielmehr kann auch jede andere concludente Willensäusserung, welche keineswegs so andauernd in die thatsächliche Erscheinung tritt, wie der heutige thats. Besitz, selbst auch ein blosser Vertrag, — zwar nicht als solcher, nicht weil er als „Vertrag“ von Anfang an hätte Fremde binden können, sondern alsdann — eine röm. traditio sein, wenn sich nur durch ihn (den Vertrag) zugleich faktisch und hinreichend concludent die beiderseitige Absicht der Parteien äusserlich als Thatsache verkörpert hat, dass das Eigentum damit sofort veräussert, übergegangen sein solle. Nur insoweit kann man mit Savigny sagen: die röm. traditio selbst ist nichts anderes, als ein, für Vertragsunfähige (Peregrinen etc.) nicht bloss durch Worte, sondern durch genügend concludente Thatsachen äusserlich erkennbarer Vertrag [23]) dahin, dass das Eigentum schon jetzt, sofort, übergegangen sein solle, m. a. W.: sie ist jeder Vertrag schon, welcher ergibt, dass mit ihm die Parteien wirklich die Thatsache dieser sofortigen Eigentumsüberlassung bereits verkörpert haben wollen, dass also nicht etwa bloss ein pactum de contrahendo, eine vorläufige Punktation etc. einer künftigen Eigentumsüberlassung vorliegen solle; z. B. ein sog. constitutum poss.

Es ist also aus diesen beiden Gründen vor allem unmöglich richtig, dass die röm. „traditio animo domini“ eine „Besitzübertragung“ und jenen thatsächlichen Zustand bewirke, welchen man heutzutage „Besitz“ heisst.

b) Es ist aber auch nicht einmal wahr und einer der eingreifendsten Irrtümer des bisherigen, germanistisch beeinflussten Romanismus des mittelalterlichen Italiens wie der übrigen modernen Culturländer, dass die antike possessio nur durch traditio und occupatio (apprehensio) des jus gentium allein entstanden sei. Vielmehr existieren, wie die röm. geschichtlichen Quellen ergeben, eine Reihe von Fällen, in welchen die röm. possessio, wie ihr Doppelrecht dominium, nur durch Rechtsakte, nicht einmal durch

---

23) Dass die röm. traditio nach heutigen Begriffen ein „wahrer Vertrag“ ist, erkennt Savigny Syst. III §. 140 S. 312 an. Ein Beispiel eines Anerkenntnisses eines derartig concludenten Vertrages als traditio durch die Römer selbst ergibt u. a. l. 1 §. 21 D. de poss. 41, 2: nam pro traditis (columnas) haberi, si in re praesenti consenserint; ebenso das sog. constitutum possessorium etc.; vgl. §. 16.

ein äusseres factum oder traditio [24]) erworben ward, und es wird also dies auch die Folge haben müssen, dass die, ohne jedem Eintritte einer Thatsache entstandene possessio unmöglich der thatsächliche (faktische) „Besitz“ im heutigen Wortsinne sein kann. — Die gesammte civilis possessio beispielsweise, d. i. die durch Erwerbtitel des jus civile erworbene Art der possessio (§. 11), wird ipso jure (civili) und überhaupt nicht durch die traditio des jus gentium [25]) erworben; so beim Erwerbe der possessio durch das civile legatum, durch die civile hereditas, die mortis causa donatio und durch die civile donatio: durch letztere vor Just. jedenfalls bei exceptae personae, seit Just. allgemein [26]). Dass insbesondere z. B. bei letztwilligen Verfügungen, namentlich durch die hereditas, alles Eigentum, auch das im Nachlasse des Erblassers befindliche bonitarische und Provinzialeigentum der possessio, mit Notwendigkeit schon der Natur der Sache nach ohne traditio übergehen müsse, haben die Neueren übersehen; denn wer sollte denn in solchen Fällen im röm. Rechte eigentlich die possessio tradieren können? etwa der tote Erblasser?! — Ebenso musste alle, durch den praetor und judex verliehene possessio, die bonorum possessio contra tabulas, die missio in possessionem ex II decreto des Prätor [27]), die adjudicatio des judex [28]), ganz ohne heutige Besitzübertragung ipso jure praetorio etc. erworben worden sein; nirgends findet sich eine Bestätigung, dass judices oder Prätoren etc. sich erst an das Grundstück verfügen mussten, um einen faktischen „Besitz“ in der heutigen Auffassung zu übergeben; das Herbeiholen der, höchstens etwa zur Vergewisserung über die Perfektion

---

24) Vgl. hiezu und zu dem Vorausgehenden mein heut. Besitzrecht 1880 S. 96—103, S. 121—122 mit meiner Abhandlung über die röm. possessio, Grünhuts Zeitschr. VI. S. 581—2 u. N. 18.

25) Ueber der Angehörigkeit der traditio an das jus gentium v. §. 16 N. 28, §. 1 N. 14.

26) V. §. 11 Note 18—21; v. Puchta Curs. II. §. 206.

27) Hier gibt das Nichterfordernis einer Tradition, wenn auch mit irrtümlicher Motivierung, zu: Puchta Pand. §. 153; vgl. l. 18 §. 15 D. de damno inf. 39, 2: si is, qui jussu Praetoris coeperat possidere et possidendo dominium capere, „aut non admissus“ aut ejectus inde fuerit, utile interdictum unde vi vel Publicianam actionem habere potest.

28) Anerkannt u. a. von Seuffert Pand. §. 359 N. 7 zufolge §. 7 J. 4, 17, von Pagenstecher die röm. Lehre v. Eigent. III S. 197 zufolge l. 7 pr. D. 6, 2 für jeden Richterspruch.

oder zur Identificierung, nicht aber zur faktischen Einweisung hinreichenden glebae, der Bruchstücke von Säulen, der Teile der Heerde wenigstens vor der legis actio sacramenti „in jus“ (vor den Prätor) ergibt geradezu das Gegenteil [29]). — Ebenso musste in den vielfältigen Fällen, in welchen jedes Eigentum, dominium oder possessio, durch die verschiedensten, rechtswirksamen Verträge (nicht durch blosse pacta) des jus civile und jus gentium übertragen wurde, z. B. durch die stipulatio des jus gent., dieses dominium wie diese possessio völlig ohne Tradition erworben werden können (vgl. unten Note 36—37). — Ingleichen beweisen vor allem die interdicta adipiscendae possessionis schlagend die Möglichkeit eines Erwerbes der possessio ohne traditio; diese Rechtsmittel einer, nach jus civile und praetorium erworbenen possessio wusste ebendeshalb die herrschende Besitztheorie, welche sich in ihrer possessio stets nur einen faktischen Besitz dachte, gar nicht mehr unter die Rechtsmittel ihres vermeintlichen, nur durch faktische Tradition zu erwerbenden „faktischen Besitzes“ einzureihen; denn hier wird geradezu aus einer bereits vorhandenen, also aus einer bereits erworbenen [30]) possessio, geklagt oder m. a. W. aus einem interdictum „der possessio,“ somit aus einem bereits erworbenen Rechte der possessio, geklagt, obwohl der Kläger ein Faktum noch nicht durch Tradition oder occupatio erworben hatte; dieses Faktum erzielt ja erst diese Klage; die so erworbene possessio kann deshalb zweifellos gleichfalls kein heutiger faktischer „Besitz“ sein. — Endlich scheint innerhalb des positiven jus gentium selbst die natura vielleicht auch sonst die Jurisprudenz wie die Prätoren gezwungen zu haben, in manchen Fällen von der Regel des jus gentium, welche ein factum der traditio erforderte, abzuweichen, wie bei der civilis possessio.

So vor Just. notwendig bei dem Eigentumserwerbe durch specificatio, commixtio, confusio, accessio, alluvio etc., welche sämtlich einen Eigentumserwerb nach jus gentium [31]), also vor Just. zugleich

---

29) Gajus IV §. 17.

30) Gajus IV §. 144—147; §. 3 J. de interd. 4, 15: qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem; — Paul l. 12 §. 1 D. de Public. 6, 2 etiamsi non fuerit nactus possessionem; hierüber vgl. §. 19 Note 16 f. mit Text, §. 4, b zu N. 43 a.

31) §. 19—34 J. de rer. div. 2, 1 mit der Einteilung in §. 6 a. E. J. 2, 5.

einen Erwerb des Eigentums der possessio begründen konnten, bei welchem eben die Sache gerade demjenigen als Eigentum zufallen konnte, welcher dieselbe nicht specificiert etc. hatte, und welchem daher das factum nicht zustand. Ebenso bei dem naturalen Fruchterwerbe [32]), bei dem Eigentumserwerbe der, dem jus gent. angehörigen societas omnium bonorum [33]) etc. —

Auf diese Weise sind eine Reihe von Fällen denkbar, in welchen die röm. possessio vor allem ohne deutsche Besitzübertragung, aber auch ohne römische traditio, überging, und dürfte sich erst jetzt endlich der lange missverstandene Satz der Römer: „traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur“ [34]), völlig aufklären. Auch hienach bedarf die röm. possessio keineswegs, wie man bisher wähnte, immer der röm. Tradition; denn der missdeutete Satz besagt nichts weiter, als dass durch unklagbare pacta „nuda“ der Peregrinen: durch Verträge, welche somit weder im jus civile, noch im positiven jus gentium, noch im jus praetorium positive Geltung hatten, das civile dominium nicht übergehe, nicht aber, dass dies Eigentum auch nicht durch klagbare Verträge übergehe; sein richtig erläuterndes Corrollar ist so schon der weitere Satz: in traditionibus rerum, quodcunque „pactum“ sit, id valere manifestissimum est [35]), d. i. das pactum „nudum“ kann allerdings wirksam werden; es bedarf aber, ähnlich dem Vertrage des sog. constitutum possessorium, eben zu seiner Rechtswirksamkeit für die Eigentumsüberlassung erst einer „Constituierung“ oder einer „thatsächlichen“ Willensverkörperung des Eigentumsüberganges mittels der thatsächlichen traditio, der Vertrag muss erst corpore et an. d. thatsächlich concludent werden; dann ist auch der Vertrag eine traditio, weil dann durch diesen concludenten Vertrag als ein corpus der animus der Eigentumsüberlassung des röm. jus gentium als eine äusserlich erkennbare, vollendete Thatsache manifestirt wird; kurz das unwirksame pactum nudum

---

32) §. 35 J. 2, 1 (nach jus gent. §. 6 J. 2, 5); v. Puchta Pand. §. 150.

33) Puchta Curs. II §. 241 Note c. Angehörigkeit an d. jus gent. §. 2 in f. J. 1, 2.

34) c. 20 C. de „pactis“ 2, 3; vgl. l. 7 §. 4 D. de pact. 2, 14: nuda pactio obligationem non parit, und §. 5 Note 6.

35) l. 48 D. de pact. 2, 14. Bisherige Auffassungen: Pernice Labeo I S. 483. Bechmann Kauf I S. 326 f. Dies pactum bestimmt hier nur die Art des, durch das Faktum der traditio vor sich gehenden Eigentumsübergangs, bewirkt aber nicht Obligationen.

kann den Eigentumsübergang der possessio wie des dominium nicht schon qua (unwirksamer) Vertrag bewirken, sondern nur, soferne es das röm. factum der traditio verkörpert. — Dass aber anderseits rechtswirksame Verträge im röm. Rechte nicht Eigentum sollten übertragen können, ist ein völlig grundloser, wenn auch lange gehegter, Irrtum. — Abgesehen von den Fällen, in welchen der Vertrag selbst das Erfordernis der thatsächlichen Willensverkörperung der traditio erschöpft (Note 23), ist aus dem röm. Rechte zweifellos ersichtlich, dass blosse „mündliche" Verträge des jus civile, wie die civile Eigentumsübertragung der mancipatio[36]) und in jure cessio, das civile dominium, und ebenso die, teils dem jus civile, teils selbst dem jus gentium angehörige, mündliche stipulatio[37]), in der That das Eigentum der possessio übertragen. — Damit werden sich uns jetzt endlich die Bestätigungen Justinians[38]), welche unsre eben aufgestellte Behauptung direkt bestätigen, erklären: „interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam" — wenn auch, wohl in Folge einer Interpolation, die mit dem Worte veluti eingeleiteten Beispiele derselben Stelle auf einen Erwerb der possessio ohne traditio nicht mehr passen, — und ebenso die weitere Bestätigung Ulpians[39]), dass „satis multae juris partes" seien, in welchen man das (Just.) Eigentum sc. ohne traditio und usucapio erwerben könne. Diese Bestimmungen über den Justinianischen Eigentumserwerb beziehen sich stets zugleich (§. 24) auch auf die röm. possessio. Denn dieses Justinanische dominium wird stets mittels possessio erworben, weil für den Erwerb des ersteren bei der Vereinigung des vorjust. duplex dominium zumeist die Regeln des Eigentumserwerbes der vorjust. possessio in die Just. Compi-

---

36) Festus s. v. nuncupata: cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto.

37) l. 6 D. v. o. 45, 1: stipulando sibi adquirit (tradere non potest); l. 9 eod. stipulati essent — occupantis fore actionem (d. i. nach der Stipulation tritt hier eine actio nicht mehr ein auf Erfüllung der Stipulation, nachdem dieselbe durch Occupation erfüllt ist, sondern eine actio negativa aus dem durch die stipulatio allein ohne traditio erworbenen Eigentume); l. 38 §. 7 D. eod.: haec quoque stipulatio, possidere mihi licere, utilis est; l. 53 D. de adquir. rer. dom. 41, 1: ea, quae civiliter „adquiruntur," — veluti stipulationem; l. 1 §. 15 D. de poss. 41, 2; indirekt Gajus III §. 166.

38) §. 44 J. 2, 1.

39) l. 1 §. 2 D. de Public, 6, 2.

lation aufgenommen wurden, und weil wohl mit jedem denkbaren Rechtsakte, welcher unter Justinian dominium überträgt, zugleich auch das corpus und der animus, Eigentum zu übertragen, verkörpert, somit zugleich auch eine possessio corpore et animo erworben ist. Auf diese Weise haben wir somit eine Reihe direkter wie praktischer Bestätigungen vor uns, zufolge welcher der Eigentumsbegriff possessio, — welcher nie selbst Factum im heutigen Sinne, sondern nur eine Abstraktion vom Faktum [40]), und bei welchem das Factum der traditio neben den übrigen causae nur der faktische Erwerbgrund, niemals aber Inhalt des Rechts sein kann, (sowenig, wie das, durch faktischen Consens, Kauf, Tausch etc. entstehende Recht der obligatio selbst das blosse Faktum dieses Consenses etc. sein könnte) — unmöglich mit dem heutigen Begriffe eines faktischen „Besitzes" identisch ist.

8. Eine gleiche Verschiedenheit zwischen röm. possessio und heutigem faktischem „Besitze" würden meine früheren dogmatischen Beweise der Eigentumsnatur der röm. possessio ergeben. Diese können hier nicht nochmals begründet, nur überblickt, werden [41]). — Weniger noch werden die früheren negativen Beweise sofort in das Verständnis einführen. Es gibt beispielsweise keinen einzigen stichhaltigen Beweis, dass die possessio in Rom in der That ein faktischer Besitz war; die Römer besagen uns entweder nur, dass die possessio „durch" factum entstehe, nicht dass diese selbst ein factum sei, (possidere „incipere" posse rem facti esse, Note 22), oder dass die possessio „facti" in jenem technisch juristischen Sinne sei, welcher sich in den Worten: formula, actio, exceptio in „factum" concepta [42]) gegenüber der civilis actio etc. findet, und in welchem das Wort factum notwendig

---

40) Vgl. mein heut. Besitzrecht 1880 S. 51—52. Hieher beziehen sich eine Reihe von Missdeutungen; vergl. auch Grünhuts Zeitschr. VI. S. 702—707 mit den Noten.

41) Vgl. mein heut. Besitzrecht 1880 S. 15—18. Grünhuts Zeitschr. VI 1879 S. 408, 559, 694 ff.

42) Davon unten §. 16 zu Note 30 u. 31. Brinz in der Recension meines Besitzrechts krit. Vierteljahrsschr. 23 S. 436 bemerkt: wenn factum ein Recht des jus gentium, so müsse Papinians Satz: possessio facti et juris, ausdrücken können: die possessio gehöre dem jus gentium und civile an. Ganz mit Recht; denn es gibt eine possessio juris gentium und civilis §. 11. Freilich hat das Wort nicht stets diese Bedeutung; sie ist nur da möglich, wo das Recht der possessio selbst als factum bezeichnet wird §. 16.

einen andern Begriff, „ein, nicht dem jus civile angehöriges Recht“ §. 16, bezeichnet; ein solches factum, aus welchem eine „Klage“ entsteht, kann aber doch unmöglich eine „Thatsache“ ohne Recht sein; denn ohne Recht (aus Unrecht) könnte ein Klagerecht unmöglich entstehen! — Ebenso finden sich umgekehrt im Justinianischen Rechte wirkliche Begriffsunterschiede zwischen dominium und possessio nicht mehr vor, sondern entweder nur solche zwischen possessio und proprietas [43]), welch' letztere von dem dominium ebenso verschieden sein kann, wie von der possessio; oder solche zwischen dem sog. absoluten und relativen Eigentumsbegriffe, welch' ersterer, in Folge des Stehenlassens des früheren doppelten Eigentumsprozesses des duplex dominium: nämlich des interdictum zumeist für das relative, neben der actio für das bessere Eigentum, seit Justinian häufiger mit dominium bezeichnet wird; davon unten des näheren [44]).

Schlagender dagegen dürften die positiven Eigentumsbeweise der possessio sein. — Vor allem dürfte in dem geschichtlich-dogmatischen Schlusse der bisherigen Besitztheorie, dass die possessio vor Justinian als bonitarisches, Provincial-Eigentum [45]) etc. anzuerkennen, das sie nach Justinian aber ohne jedem sichtbaren Grunde sich nun auf einmal von diesem Eigentume zu dem, vom Eigentume doch systematisch verschiedenen, blossen faktischen Besitze gestaltet haben sollte, ein unmöglicher und wohl einer der grössten Fehlschlüsse liegen, welcher sich je die Geschichte des Rechtes schuldig gemacht hat! — Die justae causae ferner, welche unbezweifelt Titel des Eigentumserwerbes sind, also die causae pro emptore, donato, legato, herede, noxae dedito, pro suo etc. bezeichnen die röm. Quellen völlig bestimmt als causae des „Erwerbes“ der possessio, als causae possidendi, ex quibus quis possessionem „nactus“ est [46]). Brinz hat dagegen erwähnt,

43) Vgl. unten §. 22. Z. B. l. 52 pr. D. de poss. 41, 2, (l. 12 §. 1 eod. und l. 115 D. V. S. betrifft die Unterscheidung in Note 44, vgl. N. 51).

44) Vgl. §. 18, 19, 24 Z. 2; z. B. l. 1 §. 2 D. uti poss. 43, 17; andere scheinbare Unterscheidungen in Grünhuts Zeitschr. VI S. 696 ff.

45) U. a. Savigny R. d. Bes. 6. Aufl. erkennt die possesio als bonitarisches „Eigentum“ an: §. 8 S. 107, N. 2 §. 9 S. 116, §. 12, a S. 219 zu N. 2; als „Eigentum“ am Provincialboden §. 9 S. 117, §. 12, a S. 220; als „Recht“ am ager publicus §. 12, a S. 216, als prätorisches S. 116 N. 1 und als Publicianisches „Eigentum“ etc.

46) l. 17 D. 6, 2; l. 28 in f. D. 9, 4; l. 7 §. 3 D. 10, 3; l. 3 §. 21

dass durch diesen rechtmässigen Kauf, Tausch, durch eine Schenkung etc. mit traditio animo „domini" nicht ein Eigentumsbegriff der possessio, sondern ein blosser heutiger „faktischer" Besitz veräussert werden könne. Dies ist unmöglich: Abgesehen davon, dass auch der Titel pro suo in l. 3 §. 21 D. 41, 2 als Erwerbtitel der possessio bezeichnet ist, würde man annehmen, dass hier durch einen derartigen Titel des Kaufes etc. nur etwa die, in der bisher herrschenden Besitztheorie allein haltbaren, wirklichen Besitzrechtsfälle der vermeintlichen abgeleiteten possessio, d. i. dass nur der „faktische Besitz" eines Pfandgläubigers, Precaristen, Sequesters etc. verkauft werde[47]), so würde ja der ganze Digestentitel de possessione kaum einen Sinn haben; denn dieser ganze Titel würde alsdann in der That von nichts, als von „Unterschlagungen" handeln! — Die Erläuterungen ferner des Paulus in l. 3 §. 21 D. de poss., dass diese justae causae des Eigentumserwerbes nur ein besonderes genus oder eine species der possessio erzeugen, ergeben klar, dass die Vorstellung der Römer sich ein absolutes Eigentum der possessio neben dem bloss relativen Eigentume der possessio ab interdicta gedacht haben musste: jenes relative Eigentum nämlich, welches allein auf den Titel des corpus und animus domini oder allein aus der causa possidendi nach dem französischen Satze: possession vaut „titre" erworben wird; sonst hätte doch wohl die Thatsache, dass die Römer diese possessio ad interdictam als genus oder species neben dem ex justa causa erworbenen Rechte sich dachten, unmöglich einen Sinn; weil ein blosses Faktum des Besitzes neben dem justa causa erworbenen Eigentume doch niemals eine species eines gleichen „Rechts" sein könnte. — Die Eigentumsnatur, nicht eine blosse faktische Besitznatur der röm. possessio, folgt ferner daraus, dass die actio

---

D. 41, 2 (die Stelle bezeichnet sie als Erwerbtitel dessen, was noch nicht unser ist); l. 3 §. 4 eod. §. 4 J. de act. 4, 6. Cicero contra Rullum III 3, 11 etc. v. Grünhut Zeitschr. VI S. 559 N. 2. Einen titulus possessionis erwähnen: fragm. Vat. §. 293; c. 2 §. 7 C. 1, 17; Theophilus πρόφασις §. 3 J. 4, 15 etc.

47) Ich habe diese und andere, im Interesse der sachlichen Klärung höchst dankenswerten Bedenken gegen die Eigentumsnatur der röm. possessio, welche Brinz, krit. Vierteljahrsschrift Bd. 23, 1881 S. 426 und andere Juristen bei Beurteilung meines heutigen Besitzrechtes angeregt haben, seitdem schon im rechtsgeleerd magazijn Bd. I S. 309 ff. gewissenhaft erwogen.

Publiciana, (zwar, wie die neuere Jurisprudenz [48]) mit Recht behauptet, keineswegs eine Klage aus dem heutigen faktischen „Besitze“ der bisher herrschenden Besitzlehre, wohl aber) eine actio aus der röm. possessio ist, welch' letztere, wie oben Ziffer 7 gezeigt, eben auch völlig ohne faktischem Besitze erworben werden kann. — Mit Anerkennung der Eigentumsnatur der possessio wird es so ferner gelingen, in der Publiciana die, durch das ganze Mittelalter hindurch bis jetzt vergeblich gesuchte actio des Eigentums des possessor nach jus gentium, den berüchtigten sogen. unus casus der Institutionen [49]), endlich in der That zu entdecken, mittels dessen die possessio noch im Justinianischen Rechte selbst über den dominus obsiegen kann; dass dies bei der röm. possessio überhaupt der Fall [50]), und dass deshalb die possessio, welche selbst über den dominus obsiegt, wieder kein faktischer Besitz, sondern „notwendig“ selbst ein hie und da sogar besseres Eigentum sein muss, als das dominium, habe ich gleichfalls bereits gezeigt. — Endlich wird die Eigentumsnatur der röm. possessio auch wohl klar durch den Umstand bewiesen, dass die röm. proprietas, ein bisher nie bezweifelter Eigentumsbegriff, inhaltlich der Quellen in der röm. possessio enthalten ist. Diese proprietas bezeichnet nämlich anerkanntermassen (§. 22) ein doppeltes: das quiritarische Eigentum, und denjenigen Teil des Eigentumes, welcher nach Wegveräusserung des ususfructus übrig verbleibt [51]). In diesem letzteren Sinne findet sich die römische proprietas sowohl als Inhalt des civilen dominium als der possessio des jus gentium. Es gibt nämlich neben einem dominium proprietatis eine proprietas possessionis [52]); hiezu bestätigen die

---

48) Brinz, Windscheid, Pagenstecher u. a. v. §. 19 N. 12; ebenda im Texte ein Lösungsversuch der bez. Controverse.

49) §. 2 J. de act. 4, 6; (der eigene Context der fraglichen Just. Stelle §. 2—4 nach Weglassung der, von den Späteren hinzugefügten §§. und Interpunktionen benennt die Publiciana actio direkt als den lange gesuchten unus casus). Grünhuts Zeitschr. VI S. 572 ff.; unten §. 4 N. 14—16 § 18 N. 21.

50) Mein heut. Besitzrecht S. 16 N. 22, b. Grünhuts Zeitschr. VI S. 570 ff. mit Note 2, S. 572; unten §. 24 N. 16.

51) v. §. 22 Note 20—22.

52) Eine proprietas possessionis gegenüber dem Rechte des fructuarius erwähnt c. 8 C. de fide instr. 4, 21. Der entsprechende dualistische (civile) Begriff dominium proprietatis findet sich häufig; vgl. oben Note 20 und unten §. 5. f. §. 22 Note 22.

röm. Quellen auch noch direkt, dass die possessio diese proprietas in sich schliesse: item qui solam proprietatem habet, possessor intelligendus [53]), und dass es eine usucapio proprietatis gebe, welche an sich notwendig eine possessio proprietatis voraussetzt [54]). Wenn nun die ganze possessio sowohl diese proprietas, d. i. das Eigentum, von welchem der ususfructus wegveräussert ist, als damit von selbst dessen Gegensatz, die Rechte des ususfructus in sich schliesst, so folgt notwendig, dass sie in ihrer Totalität volles Eigentum sein muss, nicht eine blosse Thatsache des faktischen Besitzes. — Ausser diesen hier angedeuteten existieren noch zahlreiche andere Beweise in Einzelstellen [55]) u. s. w. Fast der ganze tit. Dig. de acqu. possessione 41, 2 und pro suo 41, 10 etc. ergeben diese absolute und relative Eigentumsnatur der possessio in ersichtlicher Weise!

9. Freilich ist aber auch dieses geschichtliche römische wie jedes begriffsvollendete Eigentum immerhin — namentlich in zweifacher Hinsicht — von dem schwerfälligeren Eigentumsbegriffe zu unterscheiden, welcher bei uns in Deutschland doch gleichfalls erst gegen das Ende des Mittelalters, gleichzeitig etwa mit der allgemeineren Anwendung des Wortes Besitz, entstanden ist [56]). Diese Unterscheidung ist der Refrain, welcher

53) l. 15 §. 1 D. qui satisdare 2, 8. Brinz, krit. Vierteljahrsschr. Bd. 23 S. 428 Z. 5 übersetzt das intelligendus mit: ist zu „erachten"; es ist aber wohl eine häufig wiederkehrende röm. Diktion, mit videtur, intelligendus est etc. das zu bezeichnen, was wirklich ist. Wie sollte auch blosser faktischer Besitz ein Surrogat für Cautionsbestellung sein können, von welcher im pr. h. l. die Rede ist? Jeder, auch der wertlose faktische Besitz des Sequester etc. sollte von Caution befreien, der rentierliche ususfructus nicht? Auch der Nachsatz somit erläutert hier in diesem Sinne: eum vero, qui tantum usumfructum habet, possessorem non esse.

54) l. 17 §. 2 D. de usufr. 7, 1; muss nämlich die proprietas erst usucapiert werden, so musste auch eine blosse possessio, kein dominium proprietatis vorliegen, denn: sine possessione usucapio contingere non potest; l. 25 D. 41, 3. — Ebenso beweist das Vorhandensein des Begriffes „possessio nuda" in l. 38 §. 3 D. V. O. 45, 1, d. i. einer possessio ohne ususfructus, dass in der übrigen possessio die Rechte des ususfructus inbegriffen sind. Vgl. §. 5 Note 20. — Bezüglich der übrigen Stellen, welche eine possessio proprietatis ergeben, vgl. Grünhuts Zeitschr. VI S. 569 Note 3.

55) Grünhuts Zeitschr. VI S. 578, 582, 591 ff.

56) Über das Auftauchen des Wortes „Eigentum" beiläufig im 14. Jahrh. vgl. Gerber d. Privatr. §. 76 N. 2, Schulte Rechtsgeschichte etc. (Hievon ist selbstverständlich zu unterscheiden das altdeutsche „Eigen").

allen obigen Anwendungen der possessio hinzuzudenken und von uns immer wieder zu betonen ist.

a) Das röm. Eigentum der possessio vor allem ist nicht bloss unser vermeintlich absoluter, sondern ein zugleich relativer oder relativ sich abstufender Eigentumsbegriff. — Ein Beispiel: Die vorjustinianische longi temporis praescriptio der Provinz war nichts, als eine Verwandlung desselben, vor der Ersitzung bereits vorhandenen „relativen" (nicht justa causa erworbenen) Eigentumes der possessio, nicht etwa eines blossen Besitzes, zu einem absoluten Eigentume der possessio. Die civile röm. usucapio ferner besorgte dieselbe Verwandlung vom „relativen" Eigentume zum absoluten Eigentume, und überdies noch eine adjectio des civilen Eigentums, des dominium ex jure Quiritium, zum Eigentume des jus gentium, zur possessio [56a]). — Die röm. usucapio sowohl als die l. temporis praescr. setzt somit schon Eigentum der possessio, nicht Besitz, voraus, und das röm. Eigentum ist auf diese Weise zugleich das, was die Römer mit „plus juris" [57]), oder wir selbst, völlig gleichlautend, mit „besserem Rechte" bezeichnen: zugleich das relative Eigentum, welches sich wie das minus zu dem plus des absoluten Eigentums verhält. Denn im röm. Eigentume obsiegt: I) zuerst der Eigentümer — dominus und possessor — ex justa causa mittels reivindicatio und Publiciana, II) dann der gutgläubige Eigentümer oder bonae fidei possessor mit Publiciana, III) endlich das Eigentum der possessio auf den blossen Titel der possessio (corpus und animus) oder die blosse causa possidendi allein: die

---

Über die Entstehung des Wortes „Besitz" vgl. Friedr. Stein, das Sachenrecht. Erlangen 1857 S. 60 Note 103. Erwähnung des Wortes besitt im Sachsenspiegel L. R. 14 §. 1 etc.

56a) Daher besagt Justinians Interpolation in l. 15 §. 16 u. 17 D. de damno inf. 39, 2 mit vollem Grunde, dass die Ersitzung zu seiner (Justinians) Zeit nichts ist, als ein dominium capere desjenigen, welcher bereits (relativer) „dominus" ist; denn die vorjust. possessio schon war Eigentum, dieselbe wurde durch Just. dem dominium gleichgestellt; Just. konnte daher mit vollem Rechte sagen: die Ersitzung ist nichts, als ein dominium capere des dominus (vgl. §. 24 Note 2 u. 13).

57) Das „plus juris" in l. 2 D. uti poss. 43, 17; l. 36 D. de poss. 41, 2; v. E. J. Bekker R. des Bes. 1880 §. 30 S. 336—7, Grünhuts Zeitschr. VI S. 401 N. 10; über das relat. Eigentum überh. mein heut. Besitzrecht 1880 S. 25—28, 75—79, 132—134 Art. 4 mit Note 24—25. Rechtsgeleerd Magazijn, Haarlem 1882 Bd. I S. 294—298. Grünhuts Zeitschr. Bd. VI S. 735 Note 7 ff.

sogen. possessio ad interdicta, bei welcher, wie bemerkt, auch schon im röm. Rechte der Satz des cod. civ. art. 2279 zutrifft: possession vaut titre, und welche eo, quod possidet, dem possessor plus juris, besseres Eigentum gewährt, als Dritten. Wie dessen Eigentum nur ein relativ besseres Recht, ganz ebenso ist seine causa possessionis nach der Ausdrucksweise der Römer eine „melior causa“ [58]); und dieses relative Eigentum der poss. ad interd. obsiegt noch in folgenden drei Fällen über minder oder völlig Unberechtigte: 1) gegenüber den non possidens [59]), d. i. gegen den, welcher nicht einmal auf den Titel des factum Eigentümer ist; 2) adversus eum, qui possidet vi, clam aut precario ab adversario [60]); d. i. der possessor vitiosus obsiegt gegenüber jedem als Eigentümer, welcher ihn vi vertrieben hat, selbst gegenüber dem rechtmässigen Eigentümer (Note 2); ferner gegenüber dem clandestinen Dieb, ferner selbst der relative Eigentümer, welcher einem andern sein Eigentum precario oder widerruflich übertragen hat, ist in dem Momente, wo er das Eigentum selbst wieder haben will, besserer Eigentümer und obsiegt; 3) endlich obsiegt dies relative Eigentum noch auf den Titel des älteren gegenüber dem jüngeren possessor; dies ist der „Titel der älteren possessio“, welchen Delbrück irrtümlich dem älteren deutschen Rechte allein vindiciert hat [61]).

---

58) Seitz heut. Besitzrecht 1880 S. 78—79 Note 6—8; Grünhuts Zeitschr. VI S. 559, 562—4. — Eine melior causa speciell wird erwähnt: l. 126 §. 2, l. 128 pr., l. 154 pr. D. R. J. 50, 17; l. 9 §. 4 D. 6; 2, l. 5 §. 1 D. 3, 6; eine causa possessionis wird deshalb von der causa usucapionis unterschieden: l. 2 §. 1 D. pro empt. 41, 4; eine ulla causa erwähnt l. 12—13 D. H. P. 5, 3; eine causa possessionis schlechthin wird häufig erwähnt; z. B. l. 52 pr. D. 41, 2; l. 128 pr., l. 126 D. R. J.; oben Note 46; insbes. auch in dem vielfältig wiederkehrenden Satze: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest; m. v. die Allegate in Grünhuts Zeitschr. VI S. 563 N. 6 u. 7. Diese causa possessionis schlechthin ist identisch mit der causa facti §. 16 Note 12 und 24.

59) l. 2 D. uti poss. 43, 17.

60) l. 1 §. 9 D. eod. 43, 17.

61) Delbrück die dingl. Klage des d. Rs. 1857; hiezu Bruns Jahrb. v. Bekker u. Muther Bd. 4, 1860 S. 1 ff. Diese ältere possessio ergibt sich bes. in l. 17 pr. mit l. 22 D. de poss. 41, 2; l. 15, 190 D. R. J. 50, 17; l. 52 D. de a dom. 41, 1; l. 1 §. 1 D. de poss., eorum fiunt, qui primi possessionem eorum apprehenderint; vgl. fragm. Vat. §. 315: cui

In diesen drei Fällen somit hat auch selbst der vitiosus (injustus) possessor ein „besseres Recht“ oder ein Eigentum gegenüber Dritten; denn wenn wir näher forschen, welcher Art denn eigentlich dies bisher ungenannte Recht sein musste, welches „das bessere“ ist, so ist es jenes relative Eigentum der possessio, welches zwar nicht gegen den absoluten oder besseren Eigentümer, wohl aber gegenüber Dritten: adversus ceteros oder extraneos wirkliches „Eigentum“ ist [62]. — Diese endliche Anerkennung eines geschichtlichen wie logisch notwendigen „relativen Eigentumsbegriffes“ ist aber für eine ausgebildete, begriffsvollendete Rechtswissenschaft eine Naturnotwendigkeit, gewissermassen ein kategorischer Imperativ, und namentlich auch für die Unterscheidung der possessio des sog. possessorium von der des petitorium unentbehrlich [62a]. Jedes absolute Recht muss zugleich als ein relatives verstanden werden: wie im plus mit Naturnotwendigkeit stets das minus enthalten sein muss, so auch im Eigentume. Es wäre absurd, dass, wenn das plus der absoluten Eigentumsherrschaft gegenüber jedem Dritten erlaubt ist, das minus: dieselbe Herrschaft gegenüber einzelnen gar nicht oder doch weniger Berechtigten nicht möglich sein sollte; wir werden deshalb diesen geschichtlichen Begriff wohl noch jetzt aus dem röm. Rechte neuerdings „recipieren“ müssen, wenn wir einer Vollendung unseres Eigentumsbegriffes wie unserem praktischen Bedürfnisse Genüge leisten wollen! Schon jetzt erkennen wir eine Stufe dieses relativ besseren Eigentums in dem „Publicianischen Eigentume“; wir erkennen ferner u. a. speciell bei der bonorum „possessio“ in dem successorium edictum eine successive Erteilung eines „Eigentums der possessio“ am Nachlasse an, im Gegensatze zu dem röm. Doppelrechte des „dominium“ hereditatis, so dass jede frühere Erbklasse durch dieses Eigentumsrecht der possessio die spätere ausschliesst, und auch die unterste Klasse dieses Erbschaftseigentumes noch immer über den praedo obsiegt oder diesem gegenüber Eigentum hat. Warum

---

priori possessio tradita est, u. mein heut. Besitzrecht 1880 S. 134 N. 24 S. 77 N. 3; — unten §. 22 N. 23.

62) l. 2 D. uti p. 43, 17: Justa enim an injusta adversus „ceteros“ possessio sit, in hoc interdicto nihil refert; l. 53 D. de poss. 41, 2: adversus „extraneos“ vitiosa possessio prodesse solet: „Prodesse“ heisst „in bonis“ esse; arg. l. 49 D. V. S. 50, 16.

62a) Vgl. unten §. 18, 19; z. B. l. 1 §. 2, 3 D. uti poss. 43, 17, Gaius IV §. 148 etc.

nicht in dem weiteren relativen Eigentume des älteren possessor und des Eigentums gegenüber dem non possessor etc.? Ist beispielsweise der Finder, welcher nach vorheriger Ausschreibung und Anzeige die, vom früheren Eigentümer nicht abgeholte Sache nicht blos besitzen, sondern animo domini für sich behalten darf, nicht besserer Eigentümer als ein Dritter? Erkennen wir doch dies relative Recht unbewusst auf jedem andern Gebiete eines absoluten Rechts schon als bestehend an [63])! Nennen wir denn nicht z. B. im Erbrechte überhaupt schon auch die ganze Reihenfolge der Verwandten, auch die entfernteren, und auch wenn sie bei dem nächsten Erbfalle nicht schon berufen sind, Erben? Dass dies allerdings nur relatives, eventuelles Recht aber dennoch ein Recht ist, zeigt sich wohl, sobald der nähere Erbe ausschlägt, auf ein Aufgebot (Ediktalladung) sich nicht meldet etc. Ebenso ist im Obligationenrechte jeder Inhaber der Obligation au porteur mit animus domini dem Schuldnnr gegenüber zweifellos berechtigt, die Coupons zu erheben, bis der bessere Eigentümer sie zurückerstreitet, und wird im Hypothekenrechte einem vierten und fünften Hypothekengläubiger von uns noch immer ein Hypotheken-„Recht" zugestanden, wenngleich seine Hypothek deshalb voraussichtlich wertlos sein sollte, weil der Wert des Hypothekenobjekts von dem „besseren" ersten Hypothekberechtigten allein verschlungen wird; dass auch diese Nachhypothek ein Recht ist, ergibt sich zweifellos, weil die ersten Hypotheken bei einem Verteilungsverfahren möglicherweise nicht liquidieren, das Pfandobjekt durch Conjunkturen wieder grösseren Wert gewinnen kann, u. s. w. — In gleicher Weise aber muss auch das Recht des „Eigentumes" überhaupt ein relatives und eventuelles, — berechtigt gegen Dritte, unberechtigt gegen besseres Recht, — sein, und diesen relativen Begriff eben nur verwirklichen die Römer in ihrem relativen Eigentume des jus gentium: der possessio [64]), und,

---

63) Vgl. meine Abhandlung im rechtsgeleerd magazjin Haarlem 1882 I S. 294.

64) Die positive Stufenfolge des röm. relat. Eigentums habe ich bereits in meinem heut. Besitzrechte 1880 S. 132 ff. unter Allegierung der Quellen übersichtlich zusammengefasst, um auf diese Weise, wie dort direkt gesagt S. 119, 120, dem Gesetgeber lediglich einen „positiven" Untergrund zu bieten, da wohl auch eventuelle Änderungen des Gesetzgebers auf „positiver" Grundlage werden fortbauen müssen. Eine Recension (vielleicht eines eifrigen Romanisten im litterar. Centralblatt) freilich hat diese posi-

wie wir in §. 24 ersehen werden, selbst in ihrem dominium. Ganz ebenso werden heutzutage wir denselben im Eigentume, wie auch in unserem jus in re des Besitzrechtes, verwirklichen müssen.

b) Das röm. Eigentum des dominium wie der possessio ist endlich nicht bloss, wie unser heutiger Eigentumsbegriff, ein zeitlich unbegrenzter, sondern, wie noch heutzutage im englischen Rechte (vielleicht aus der Zeit der „röm. Provinz“ Britannia [65]) stammend), zugleich auch ein Eigentum auf Zeit und Widerruf; z. B. in der röm. fiducia, dem pignus, dem precären Eigentume der röm. precaria possessio. —

10. Mit dem Bisherigen können wir schliesslich noch den weiteren, zur Zeit noch geläufigen Haupteinwand der Gegner gegen die Eigentumsnatur der possessio kurz berühren: dass nämlich die röm. possessio, wie heutzutage der Besitzbegriff, abwechselnd sowohl Besitz als Eigentum bezeichne. Davon ist einzig soviel wahr, dass der heutige Besitzbegriff abwechselnd: für Besitzrecht und abusive (§. 4) auch für Eigentum, angewendet wird; und zwar einzig deshalb, weil wir auf diesen heutigen Besitzbegriff rechtsirrtümlich wie ungeschichtlich den röm. Eigentumsbegriff possessio uns übertragen haben, in der irrtümlicheu Meinung, er sei ein Besitzbegriff; aus dieser unserer Missdeutung aber dürfen wir nicht umgekehrt auch noch rückwärts auf eine Missdeutung des Begriffes der possessio durch die Römer schliessen. — Das Gegenteil, dass die römische possessio niemals faktischer Besitz allein war, ergibt sich einmal schon daraus, dass eine röm. possessio durch ihren animus „domini“ schon begrifflich, wie auch im folgenden §. noch näher ausgeführt werden soll, niemals ein blosses Besitz-

---

tive Zusammenstellung als ein Muster bezeichnet, wie man Gesetze nicht machen solle. Mit diesem Tadel ist nun zwar der Schrift des Verf. die unbeabsichtigte Ehre erwiesen, als ob die Geistesprodukte der classischen röm. Jurisprudenz dessen eigene Erfindung seien; allein in sachlicher Beziehung scheint mir doch hier gegen das röm. R. ein kaum gerechtfertigtes Urteil ausgesprochen. Wie wollten wir diese Stufenfolge wesentlich bessern? —

65) Gundermann engl. Privatrecht Tübingen 1864 I S. 141. Auch sonstige Reminiscenzen an das römische Eigentum zeigt noch das englische Recht; so noch: ein „doppeltes“ Eigentum; Gundermann l. c. S. 464; Brunner zur Rechtsgesch. der röm. u. germ. Urk. 1880 erwähnt ferner, dass sich auch die röm. „in jure cessio“ in England länger erhalten habe.

recht sein „kann“, welches nicht wenigstens relatives Eigentum ist, und zweitens daraus, dass auch geschichtlich, wie in diesem §. gezeigt, keine dogmatische Anwendung der röm. possessio existiert, in welcher diese nicht absolutes oder relatives Eigentum sein kann und ist.

Soviel einstweilen, um uns vorläufig zu dem dogmatischen „Umdenken“ aus unseren ererbten germanischen Besitzbegriffen in die geschichtlichen Wirklichkeiten des antiken Eigentums possessio vorzubereiten, bevor wir von §. 5 an die geschichtlichen Erscheinungen dieses „Eigentumsbegriffes“ weiter verfolgen.

II. Wirkliches Besitzrecht. a) Germanisches und romanisches sowie heutiges, nationales und internationales Besitzrecht; Savigny. b) Spuren eines Besitzrechtes in Rom.

§. 4.

Im vorausgehenden §. unter I haben wir jenen „röm.“ Eigentumsbegriff possessio in seiner geschichtlich dogmatischen Erscheinung innerhalb des antiken Rom kennen gelernt, welchen unsere nachrömische Zeit mit dem Besitze verwechselte. Nun fragen wir zu II, wo und wie tritt dieser Besitzbegriff[1]) in der Geschichte zuerst wirklich auf, welchen wir ebendeshalb hier von dem röm. Eigentumsbegriff possessio unterscheiden und diesem fortwährend vergleichend gegenüberzustellen haben werden? —

a) Heutiges nationales und internationales Besitzrecht und seine Entstehung.

Der in der Gegenwart positiv lebende Besitzbegriff ist allerdings nicht das, durch röm. factum oder thatsächliche Ausübung entstehende Eigentum der röm. possessio. Er ist aber auch nicht schon, wie wir sehen werden, völlig klargelegt mit dem altdeutschen Begriffe der Gewere, obgleich er in dieser zweifellos mitenthalten ist. Er ist vielmehr, wie das ganze gemeine deutsche Recht eine Specification ist, im Grunde eine Umgestaltung aus: römischen, germanischen und völlig modernen Elementen. — Derselbe ist vor allem ein nationales deutsches wie internationales Gewohnheitsrecht, welches allerdings nicht in gleicher Weise zugleich auf antikem römischem, sondern einzig auf germanischem und sonstigem indogermanischem Boden erwachsen

---

1) Vgl. §. 1 Note 35.

und so nach bisherigem Systeme unbedingt dem sog. „deutschen Privatrechte“ zuzuteilen ist. — Derselbe ist aber anderseits, wie mehr oder weniger unser gesamtes deutsches Privatrecht, teils speciell durch Subsumtion unter falsche Hülle der röm. possessio grossgezogen und erstarkt, teils hat er notwendig zugleich auch allgemeine Bildungselemente des röm. Weltrechts: dessen allgemeine Regeln wie einzelne Rechtssätze, in sich aufgenommen. — Endlich ist seine vollendetere Begriffsbestimmung wie sein organischer Ausbau fast ausschliesslich noch der Gegenwart überlassen, und enthält derselbe so auch völlig moderne Bildungselemente. Dieser moderne Besitzbegriff ist somit auf diese Weise aus röm., altgermanischen, wie modernen Elementen organisch neugebildet oder gewissermassen „specificiert“.

Wie indessen schon in §. 3 gesagt: erst wenn wir klar bewusst sind, was wir selbst unter diesem Besitz verstehen, können wir uns sicher Rechenschaft geben, ob dieser Besitzbegriff mit der röm. possessio zusammenfallen darf. Deshalb haben wir hier zuvörderst noch uns über unseren eigenen Besitzbegriff Klarheit zu verschaffen. — Nun übersetzt aber Savigny wie die gesamte herrschende Besitzlehre die possessio schlechthin mit dem Worte Besitz, ohne sich diesen Begriff nochmals näher zu definieren. Savigny's Anschauung vom Besitze ist auf diese Weise nur derjenige allgemeine Begriff des Besitzes, welcher heutzutage mit uns allen unbewusst geboren, unbewusst in uns selbst und in uns allen „lebt“. In letzter Instanz entscheidet demzufolge über ihn auch nach Savigny einzig die gemeinsame Überzeugung des Volkes, oder einzig das heutige allgemeine Volksbewusstsein, auf welchem ja nach Savigny selbst (Beruf unserer Zeit 3. Aufl. S. 8 ff.) überhaupt alles Recht beruht. Diese, allein in der heutigen Überzeugung des Volkes „lebende“ Besitzanschauung somit, welche uns die Jurisprudenz der herrschenden Besitztheorie noch nicht definiert hat, müssen wir vorerst aus dieser Volksüberzeugung unmittelbar kennen lernen; erst dann werden wir unseren Besitzbegriff mit der röm. possessio vergleichen können.

Was nun als „Besitz“ in dem allgemeinen Rechtsbewusstsein unseres Volkes lebt, ist allerdings ein doppelter Begriff. — 1) Einmal bezeichnet der Begriff hie und da — wohl gerade in Folge seiner bisherigen Verwechslung mit dem röm. Eigentumsbegriffe possessio — unzweifelhaft auch selbst ein, gleichviel ob absolutes oder relatives, Eigentum. — So, wenn wir

sagen: ein „Grundbesitzer“ veräussert seinen „Besitz“, oder: der „Besitzer“ hat die Grundsteuern zu tragen u. s. w. — 2) Zweitens bezeichnet der Begriff aber auch ein heutiges Besitzrecht im Gegensatze zu jedem Eigentume, wie z. B. das Detentionsrecht im deutschen Faustpfande; nämlich ein Recht, welches jedem Eigentume gegenüber zweifellos so vollständig unabhängig ist, dass der Besitzer in dieser zweiten Bedeutung selbst mit dem rechtmässigen Eigentume in siegreichen Conflikt treten kann, ohne ihm, wie die röm. possessio, möglicherweise zu unterliegen. Freilich aber anderseits auch, ohne soviel, wie die röm. possessio, von ihm für sich selbst zu beanspruchen. Denn dies heutige Besitzrecht des Faustpfandgläubigers z. B. beansprucht nicht, wie die röm. possessio mit ihrem animus domini, selbst alle Rechte über die Sache oder selbst das ganze Eigentum für sich, sondern nur das, vom Eigentume losgelöste einzelne Recht, die fremde Sache zu besitzen, sie innezuhaben und über sie ohne Substanzverletzung zu verfügen. Weil dieses heutige Besitzrecht so ohne animus domini als blosses sog. Detentionsrecht nichts beansprucht, als das Recht, die fremde Sache zu besitzen, während es das Eigentum selbst völlig unbestritten belässt, anerkennt und sogar fremdes Eigentum voraussetzt, weil dasselbe ferner von dem Eigentume als Totalität aller Rechte an der Sache nur dies einzelne Recht, die Sache thatsächlich eine Zeit lang innezuhaben, abzweigt und als Recht an der fremden Sache einem Dritten, ausser dem Eigentümer zuweist, zeigt dies Recht unzweifelhaft und im Gegensatze zur röm. possessio nicht auf ein Eigentum, sondern auf ein jus in re (aliena).

Welcher von diesen beiden, in dem thatsächlichen Sprachgebrauche des, nicht schärfer unterscheidenden Laien sich findenden, verschiedenen Begriffen des Wortes Besitz unter 1 und 2 ist nun aber eben der eigentlich richtige, welcher der nur abusive: Eigentum oder jus in re des Besitzes? — Um dies zu bemessen, müssen wir beide Anwendungen näher auf die Probe stellen und an einem und demselben Vermögensgegenstande zusammentreffen lassen. In diesem Conflikte muss sich zeigen, welche von beiden im Volksmunde sich als wahrer Besitz behauptet. Ich als Eigentümer eines Hauses vermiete beispielsweise mein ganzes Haus so an B, dass dieser ausschliesslich alle Schlüssel, mit Ausschluss des Eigentümers, somit den alleinigen Zutritt zum Hause und so den thatsächlichen Gewahrsam oder Besitz in diesem Sinne allein über-

tragen erhalten hat. Wer ist nun nach heutiger Volksanschauung der wirkliche Besitzer: ich oder B? Offenbar nicht ich, sondern B, weil er das Haus allein thatsächlich innehat und allein faktisch über dasselbe verfügen kann. Ich selbst bin ihm gegenüber jetzt im Volksmunde nur noch der Eigentümer, nicht mehr der Besitzer, (während allerdings gerade im Gegensatze zu unserer Volksanschauung nebenbei nicht B, sondern ich der „Besitzer" sein müsste, wenn die röm. Eigentumsart possessio ein Besitz wäre).

Damit haben wir nun vor allem die wirkliche Bedeutung des Wortes Besitz in unserer Volksanschauung von der abusiven ausgeschieden. Nicht dem Eigentume, sondern dem thatsächlichen Innehaben, dem faktischen Besitze oder Gewahrsame oder der sog. Detention des Mittelalters gebührt nach der allgemeinen Volksüberzeugung heutzutage der Begriff des thatsächlichen Besitzes; und wo dieser thatsächliche Besitz demzufolge als Objekt eines „Rechtes" oder als Rechtsverhältnis in Frage kommt, kann dies Recht nach derselben allgemeinen Volksüberzeugung ebendeshalb gleichfalls nur ein Recht bezeichnen, dessen Inhalt eben dies faktische Innehaben [2]) ist: das sog. Detentionsrecht. — Dieser in der Übung des Volkes sich findende Begriff des Besitzes aber ist zugleich auch der allein „juristisch haltbare". Denn der thatsächliche Besitz, dieses thatsächliche Innehaben und faktische Verfügen, kann zwar allerdings als Ausfluss und Inhalt eines Rechtes nicht bloss bei dem Besitzrechte an einer fremden Sache — als das sogen. Detentionsrecht und als jus in re aliena — sondern auch beim Eigentümer vorkommen: auch der Eigentümer kann zufällig zugleich faktisch selbst besitzen; dies ist der sogen. Eigentumsbesitz [3]), um dessen willen allein sich Savigny und die Neueren die possessio mit animus domini als ein besonderes, vom Eigentum verschiedenes Rechtsinstitut definieren zu können gedachten; (denn dem sog. abgeleiteten Besitze des pignus, precarium etc. legten sie selbst keinen animus domini bei, und ihn behandelten dieselben demzufolge selbst

2) Man vgl. auch schon die Definition des Innehabens, Gewahrsams etc. im Strafrechte; z. B. Rechtsprechung des D. Reichsgerichts in Strafsachen 1881 Bd. 3 S. 711.

3) Vgl. mein heutiges Besitzrecht 1880 S. 45—46. Dagegen schon arg. l. 21, 33 §. 5 D. de usurp. 41, 3. Kindel in Gruchots Beitr. 1879 S. 87 ff. und meine Abh. in Grünhuts Zeitschr. VI 1879 S. 720 f.

schon thatsächlich nicht als possessio, sondern als ein blosses sog. Detentionsrecht). Ein solches „selbstständiges“ Besitz- oder Detentionsrecht des „Eigentümers“ aber ist, wie schon §. 3 II angedeutet, ein juristisches Unding und eine Unmöglichkeit, welche als ein, vom Eigentume verschiedenes und selbstständiges Rechtsinstitut nimmermehr aufrecht zu halten ist. Denn: findet sich der Besitz bei dem Eigentümer mit dessen Eigentume, der „Totalität“ aller an der Sache möglichen Rechte, vereinigt vor, so kann er doch nicht mehr ein selbstständiges Recht sein, sondern er verschwindet in oder consolidiert sich mit dem Eigentume als dem Inbegriffe aller möglichen Sachenrechte zu einem Rechte, ganz ebenso, wie jedes andere jus in re aliena, wie beispielsweise der ususfructus, usus des Eigentümers selbst nicht mehr ein besonderes Recht eines „Eigentums-ususfructus“ etc. des Eigentümers! sondern eben blosser Bestandteil seines Eigentums überhaupt ist. Deshalb kann ein wirkliches, selbstständiges Besitzrecht, juristisch ganz ebenso wie in der nicht abusiven faktischen Anwendung, einzig als sog. Detentionsrecht aufrecht erhalten werden, welches als ein jus in re aliena nicht in der Hand des Eigentümers, sondern getrennt vom Eigentume und ohne animus domini, lediglich mit der Absicht, die fremde Sache zu besitzen, besteht.

Damit im Zusammenhange zeigt sich nun zugleich das bereits früher angedeutete, alleinig entscheidende Kriterium zwischen dem Eigentumsbegriffe der röm. possessio und dem wirklichen heutigen Besitzrechte. — Nicht der faktische Besitz ist das notwendig entscheidende Unterscheidungsmerkmal zwischen beiden, dessen Vorkommen bei beiden Rechtsbegriffen zu deren Verwechslung geführt hat. Denn dieser muss zwar bei dem wirklichen Besitzer regelmässig (vgl. jedoch §. 3 N. 2 a) vorkommen; z. B. der Faustpfandgläubiger muss stets besitzen; sein dingliches Besitzrecht wird erst durch diesen Gewahrsam (faktischen Besitz) erworben und hört auf, sobald der letztere animo und thatsächlich aufgegeben ist [3a]). Aber auch der Eigentümer der röm. possessio kann wenigstens, namentlich wenn er sein Eigentum corpore oder durch factum und animus domini erwirbt, zufällig zugleich faktisch besitzen, obgleich auch eine röm. possessio denkbar ist, bei welcher der possessor „nie-

3a) Darin ist die Legaldefinition des Faustpfandes in §. 14 Einf.-Ges. zur d. Conc.-Ordn. vollständig gerechtfertigt; vgl. Note 29 u. 6.

mals“ faktisch besitzt [4]) oder innehat; z. B. bei dem Erwerbe der possessio mittels constitutum possessorium oder ipso jure civili etc. etc. Gerade aber weil der faktische Besitz bei beiden Rechten vorkommen kann, bei dem heutigen und germanischen Besitzrechte wie bei der röm. possessio, kann dieser nicht das Unterscheidungsmerkmal zwischen beiden sein. — Das wirkliche Kriterium zwischen beiden ist ebendeshalb einzig der animus domini, (vor Justinian der animus possidendi oder der animus, Eigentum der possessio zu haben). Will nämlich der faktische Besitzer die Sache für sich als eigene oder als Eigentum, d. i. eben mit „animus domini“, so ist er röm. possessor; will er die Sache dagegen nicht animo domini, nicht für sich als Eigentum, sondern erkennt er im Gegenteile das fremde Eigentum an derselben an und beansprucht derselbe nichtsdestoweniger aus irgend einer anderen rechtlichen causa, z. B. der Verpfändung zu Faustpfand, ein „Recht“, diese fremde Sache zu besitzen, so ist er heutiger Besitzer oder Detentionsberechtigter. Kurz der animus domini ist das allein entscheidende Kriterium zwischen dem Eigentume der röm. possessio und dem juristisch allein haltbaren jus in re des Besitzrechtes.

Unter Beachtung dieses Kriteriums nun sowie der weiteren, in meinem Besitzrechte [5]) wohl bereits zur Genüge erörterten,

---

4) §. 3 Z. 7, §. 11, §. 16.

5) Über die nähere Construction vgl. mein heut. Besitzrecht 1880 S. 91 - 111. — Nur die eine Verbesserung muss ich seitdem bereitwillig der trefflichen Beurteilung dieser meiner Schrift durch Brinz krit. Vierteljahrsschr. Bd. 23, 1881 S. 421—2, 437 mit bestem Danke für diesen Beitrag zur Klärung einer, bisher völlig unbebauten Lehre zugestehen: der faktische Besitz kann nicht zugleich selbst Titel dieses heutigen Besitzrechtes sein, wie er mit animus domini ein Titel des Eigentumserwerbes der possessio (possession vaut titre) ist, weil das accessorium nie selbst die Hauptsache sein kann, und dies kein rechtliches Interesse darböte; derjenige vielmehr, welcher, nachdem seine justa causa der Miete, Retention u. s. w. aufhört, eine fremde Sache, Obligation au porteur etc. namens des rechtmässigen Eigentümers (Brinz S. 421) fortbesitzen will, verdient keinen Rechtsschutz; es fehlt ihm jetzt eine causa, welche ihn berechtigt, sein Detentionsrecht nicht an den Eigentümer herauszugeben. Nur allenfalls gegenüber dritten Unberechtigten kann er eine neue causa der negotiorum gestio, eines Verwahrens für den Eigentümer, geltend machen. Dies kann alsdann zugleich das, von Brinz S. 420 vermisste principale eines ohne justa causa erworbenen Besitzrechts sein. Vgl. auch rechtsgeleerd magazjin I 1882 S. 302.

Voraussetzungen habe ich das heutige Gewohnheitsrecht des Besitzes, wie folgt, zu definieren versucht: Das heutige Besitzrecht ist das accessorische, dingliche[5a]) Recht, eine fremde Sache, deren Gewahrsam (thatsächliches Innehaben) wir erlangt haben, insolange innezuhaben und salva substantia über dieselbe zu verfügen, als die causa[5b]) dieses Besitzrechtes besteht. — Solche causae oder Arten des Besitzrechtes aber lassen sich, wenn wir die ungeschichtliche und unpositive Einschachtelung desselben unter die röm. possessio wegdenken und dasselbe positiv ungehindert frei entfalten, in reichster Fülle denken. Z. B. bei dem Besitzrechte der heutigen Gemeindeangehörigen an den unverteilten Gemeindegründen, der Genossen, des Vasallen an dem Lehen, des deutschen Faustpfandgläubigers, des Retentionsberechtigten, des Besitzers unter suspensivem Eigentumsvorbehalte eines Dritten, des Pächters, Mieters, Depositars, Verwalters und Stellvertreters[6]), Pfründebe-

---

5a) Dinglich ist das accessorische Besitzrecht, obwohl die causa desselben, z. B. Pacht, Miete etc. eine nicht dingliche sein kann, (Brinz krit. Vierteljahrsschrift Bd. 23 S. 437), gleichwie die Hypothek dinglich ist, obgleich das verhypothecierte Darlehen nur eine persönliche obligatio ist.

5b) Auch von einem anderen Gesichtspunkte aus wird heutzutage das Dasein von causae des Besitzes im Sinne von Detention gefunden. Die neuere Theorie (Allegate bei Windscheid Pand. §. 155 Note 8a) wie die Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. V S. 181 lassen z. B. ein constitutum possessorium nur da zu, wo der, das Eigentum der possessio veräussernde nunmehrige blosse Detentor eine causa aufzuweisen hat; diese causae sind aber wohl nichts anderes, als die nämlichen causae des heutigen Besitzrechtes, welche hier erwähnt sind.

6) Hier müssen wir eine soeben auftauchende Controverse berühren. Es gibt keine Stellvertretung in der Thatsache, im sog. Faktum des Besitzes; (unten §. 16 zu N. 8; Seitz heut. Besitzrecht 1880 S. 102 f. 100 ff. Brinz krit. Vierteljahrsschr. 23 S. 439). Ebensowenig ist aber regelgemäss (cf. jedoch §. 3 N. 2a) eine Stellvertretung im Rechte zu besitzen oder im Rechte über das Innegehabte thatsächlich zu verfügen: ein sog. „Detentionsrecht alieno nomine", denkbar, ohne dass der Stellvertreter, wenn auch nur vorübergehend und jeden Augenblick widerruflich, selbst berechtigt ist; denn zwei sich widersprechende Verfügungsrechte sind naturgemäss undenkbar. Die Stellvertretung im Besitzrechte unterscheidet sich daher von der Stellvertretung des Eigentums der possessio notwendig darin, dass der Stellvertreter des Eigentümers oder der possessor

sitzers einer geistlichen oder sonstigen Pfründe, des Besitzers einer Dienstwohnung, eines Kirchenstuhles, des Finders ohne animus domini u. s. w.

Diese Befreiung unseres heutigen Besitz- oder Detentionsrechtes von den vermeintlichen Voraussetzungen einer röm. possessio ist vor allem praktisches Bedürfnis [6a]). — Seit der Einschränkung des, im verflossenen Jahrhunderte bei uns herrschenden Besitzbegriffes durch Savigny auf das vermeintliche Erfordernis eines animus „domini“ fanden bei uns beispielsweise mit einem Male die Rechte der Gemeindegenossen an den unverteilten Gemeindegründen, diese altehrwürdigen Ausflüsse der Rechte der Markgenossen, definitive keinen dinglichen Besitzesschutz mehr; ihr Recht wurde zum schutzlosen Faktum! Jeder

---

alieno nomine nie selbst Eigentümer oder possessor, der Besitzberechtigte alieno nomine aber regelmässig selbst besitzberechtigt, d. i. berechtigt und verpflichtet zu Gewahrsam und etwa zur Verfügung ist, dass also eine Stellvertretung im Besitzrechte eines anderen ohne eigenem Besitzrechte undenkbar ist. Vgl. unten Note 29. §. 14 Einf.-Ges. der d. Conc.-Ordn. 1877: „Faustpfandrechte im Sinne des §. 40 d. Conc.-Ordn. bestehen an beweglichen körperlichen Sachen nur, wenn der Pfandgläubiger — oder ein „Dritter“ für ihn — den Gewahrsam der Sache erlangt und behalten hat“. — In diesem Falle kann es allerdings vorkommen, dass umgekehrt selbst der Eigentümer an der eigenen Sache Stellvertreter eines fremden Besitzrechtes ohne animus domini oder selbst sog. Detentor alieno nomine wird. Z. B. der pfändende Gerichtsvollzieher wie der Concursverwalter ist Besitzer der fremden Sache ohne animus domini, §. 712¹, 732, 771³ R.-Civ.-Proc.-Ordn., §. 107 Conc.-Ord. (v. Note 29); er kann aber auch deren Besitz oder Gewahrsam dem Eigentümer oder Schuldner vorläufig überlassen und nur Siegel anlegen §. 712² C.-PO.; alsdann ist der Eigentümer selbst Stellvertreter des dritten, besitzberechtigten Gerichtsvollziehers und Detentionsberechtigter alieno nomine. Ähnlich wenn der Usufruktuar seinen mit Detentionsrecht verbundenen ususfructus an den Eigentümer der dienenden Sache unter Besitzübertragung zeitweise vermietet und verpachtet. — Es ist aber freilich diese Stellvertretung namens des Gerichtsvollziehers etc. nur ein precäres, widerrufliches und zugleich relatives Besitz- oder Detentionsrecht (Seitz, heut. Besitzrecht 1880 S. 107 f. II, 140 III) ähnlich der precären Eigentumsüberlassung der possessio oben §. 3 Ziff. 5 und 9 a. In dem Momente, in welchem der Gerichtsvollzieher selbst den Besitz wieder an sich nimmt, hört der des Stellvertreters wieder auf. — Begrifflich nicht ausgeschlossen ist ein Mitbesitz (Mitgewahrsam). —

6a) Vgl. rechtsgeleerd magazijn I S, 183—190.

von uns konnte ferner seitdem als sog. faktischer Besitzer ohne Anerkennung eines Besitzrechtes „von Dritten“ civilrechtlich ganz beliebig in seiner Mietwonung, seinen Pachtgründen gestört, selbst exmittiert werden, solange ihm nicht etwa selbst das Strafrecht! einen Schutz bietet; die herrschende Besitzlehre des Privatrechts aber schützt dies zweifellose Privatrecht in keiner Weise gegenüber Dritten. Ein blosser Retentionsberechtigter, Depositar etc. könnte selbst nicht die, ihm von Dritten entzogene, gestohlene Sache mit einer Civilklage zurückfordern [7]) etc.! In den letzteren Fällen kann sich der gestörte faktische Besitzer deshalb zwar an den Eigentümer wenden; ist dieser aber etwa abwesend, geisteskrank oder mag derselbe ihn einfach nicht schützen, etwa beim Retentionsrechte etc., weil das Besitzrecht an einer von dem Gläubiger retinierten Sache wider seinen Willen besteht, so ist der Besitzer vorläufig civilrechtlich rechtlos. Selbst die moderne Wirtschaftslehre, wie schon bemerkt, beginnt bereits, dem germanischen Besitzrechte praktische Seiten abzugewinnen, mit ihm eine sociale Verbesserung der Lage der Grundbesitzer zu erstreben etc., und betont hiebei ausdrücklich, dass hiezu die röm. possessio nicht ausreiche [7a]). Wie sollte nun aber dies Institut dem Volkswohle voll dienen können, wenn nicht einmal wir Juristen dies berechtigte, wertvolle Institut noch erfasst und geklärt haben? — Ebenso verdarb umgekehrt die Verwechslung des röm. Eigentumsbegriffes possessio mit dem faktischen Besitze die moderne Eigentumslehre; im Eigentumsprozesse des Mittelalters namentlich erfand man aus dem röm. petere und possidere, der actio neben dem Interdikte des röm. doppelten Eigentumsprozesses, die unrömischen Gegensätze der heutigen sog. Petitorien und Possessorien und zerriss damit durch Hereinziehung des germ. Besitzbegriffes, welcher mit dem Eigentume nichts zu thun hat, als dass er einer der Erwerbtitel des Eigentums sein kann, sinnlos, wie schon er-

---

7) l. 1 D. de condict. furt. 13, 1: in furtiva re soli „domino“ condictio competit; ebenso gibt es eine condictio des Eigentumes der possessio: condict. possessionis; u. a. Bruns, R. d. Bes. 1848 S. 27 f., Besitzklagen 1874 S. 185 f.; niemals aber eine Klage des wirklichen Besitzers oder sog Detentor.

7a) Vgl. Lorenz v. Stein, die drei Fragen des Grundbesitzes und seiner Zukunft (die irische, die continentale und die transatlantische), Stuttg. 1881 S. 34.

wähnt, den einen und einheitlichen Eigentumsprozess in 2 bis 3, Zeit und Geld raubende Processe, der Possessorien und Petitorien: statt in einem einheitlichen Eigentumsprozesse zu untersuchen, ob der Kläger das volle Eigentum oder doch eventuell das plus juris der possessio gegenüber seinem Gegner erworben [8]). — Auch erfordert wohl endlich die juristische Logik, die Unmöglichkeiten der bisher herrschenden Besitzlehre zu beseitigen: den animus domini trotz einem „heutigen" Pfandgläubiger, Sequester; diese allein sollten ferner Besitzer sein, der Pächter, Mieter etc., welcher die Sache, sogar mit Einwilligung des Eigentümers besitzt, nicht; ein Rechtsmittel ferner als interdictum adipiscendae für einen vorhandenen Besitz, welcher doch erst entsteht mit faktischer Besitzübertragung! ein factum des Besitzes alieno nomine (für einen anderen „thatsächlich" besitzen?)! ein constitutum possessorium als Erwerb des faktischen Besitzes, dessen ganzes Wesen doch darin besteht, dass der possessor nicht besitzt etc. etc.!

Dieses in unserem Volksbewusstsein noch heutzutage lebende Besitz- oder Detentionsrecht endlich ist demzufolge — nach dem Bisherigen schon — nicht etwa bloss eine „Erfindung" des Verf. und ein „Zukunftsrecht"; dasselbe ist vielmehr, wie es unsere heutige, positiv lebende und positiv allein haltbare Geschichte ist, so auch bereits unsere überlieferte Geschichte. — Dieselbe Besitzidee nämlich beherrschte bereits den grössten Teil unserer indogermanischen Vorwelt wie das tiefste germanische Mittelalter bis zur Volksanschauung der jüngsten Gegenwart, ja selbst der gelehrte Romanismus des romanischen Mittelalters bis auf die Gegenwart, — bis auf einen Savigny herab, — lehrte unter dem Namen eines Besitzes niemals eine röm. possessio, sondern nichts, als das germanische Besitzrecht! — — Vor allem lassen sich die geschichtlichen Wurzeln des heutigen dinglichen Besitzrechtes, welches sich im röm. Rechte nicht findet, noch weiter, als auf den heimischen Boden, bis zu den Wurzeln unserer indogermanischen Volksabstammung überhaupt hinabverfolgen: Dasselbe entstand wohl ohne Zweifel da, wo die Wiege unserer Sprache und Abstammung überhaupt ruht, bei den Indern. Noch heute finden sich dort [9]) die Spuren jener Gemeindegenossenschaften (village

---

8) Oben §. 3 zu N. 57—63. Über die legislative Seite vgl. mein: heutiges Besitzrecht 1880 namentlich §. 8.

9) M. v., neben den §. 3 N. 4 allegierten Schriften von John D.

communities) und Familiengenossenschaften (joint family) an Grund und Boden, an welchem das Eigentum der Gesamtheit zusteht, dem Einzelnen daher nur Besitz ohne animus domini möglich ist, — wie bei den germanischen Mark- und Familiengenossen. — Noch heutzutage finden sich ferner die gleichen Spuren bei den. den Germanen verwandten Slaven; auch da existiert noch jetzt dasselbe Collektiveigentum der russischen Dorfgemeinde (Mir) im Gegensatze zur Izba (Haus und Garten), wie dies dem Gegensatze der germanischen Mark und des Saalgutes entspricht. In gleicher Weise also beherrschte im germanischen Mittelalter selbst, mit dem ursprünglichen Vorwiegen der Markverfassung gegenüber dem Saalgute des Einzelnen, die unverteilte Almende — oder in späterer Ausbildung das unverteilte Gemeindeland — den grössten Teil des Grundbesitzes. In all' diesen Fällen konnte, weil das Eigentum nicht dem einzelnen Genossen, sondern nur der Gemeinschaft der Markgenossen oder der späteren Gemeinde als einem Ganzen angehörte, an dieser Almende dem Einzelnen niemals Eigentum oder possessio animo „domini", sondern nur „Besitzrecht ohne animus domini", seit dem Mittelalter auch Detentionsrecht genannt, zustehen. Dieses gleiche jus in re aliena des Besitzes zeigt sich im germanischen Mittelalter überdies, abgesehen von den Markgenossen, in dem Besitze der Hörigen am Frohngute, im Rechte des Vasallen am Lehengute, in dem Besitze des einzelnen Familiengliedes am gemeinsamen Familiengute bis zu den heutigen Condominaten des fränkischen Adels herab, in dem Besitze des einen Ehegatten innerhalb der Gütergemeinschaft, beim deutschen Erbpachte u. s. w. In all' diesen „Genossenschaftsverhältnissen", welche zum Teile noch heute fortbestehen, zum Teile durch neue ersetzt werden (Beispiele §. 1 Note 43), steht das Eigentum der Gesamtheit, dem Einzelnen dagegen steht nur ein Besitzrecht an der fremden Sache: ein jus in re aliena, zu. — Auf diese Weisse ergiesst sich vom germanischen Mittelalter, namentlich an Grund und Boden bei dem Vorwiegen der Markverfassung etc., jenes ein und dasselbe Besitzrecht ohne animus domini (Detentionsrecht), welches, wie

---

Mayne, Laveleye, u. a. meine Abhandlung im rechtsgeleerd magazijn, Haarlem Bd. I 1882, bes. S. 280 ff. — Neuerdings gibt auch Bernhöft, Staat und Recht der röm. Königszeit 1882 S. 165, die indogermanische Abstammung des dinglichen Besitzrechts zu; freilich aber identificiert er dasselbe noch mit der röm. possessio. —

oben gezeigt, sich noch heute in der allgemeinen Volksanschauung als herrschender, nicht abusiver Besitzbegriff findet, thatsächlich und sachlich bereits in einem breiten Strome[10]) auf die Neuzeit, obgleich das „Wort" Besitzrecht erst gegen Ende des Mittelalters entstand[11]).

Minder klar und sicher freilich, als dieses reiche „thatsächliche" Anwendungsgebiet des germanischen Besitzrechtes, lag nichtsdestoweniger dessen juristische Erkenntnis und die Erfassung seiner Selbstständigkeit gegenüber dem Begriffe des Eigentums vor aller Augen offen. Das altdeutsche Recht gleicht ja darin bekanntlich überhaupt mehr dem, etwa beispielsweise grossen-

10) Die Wichtigkeit und Häufigkeit der Anwendung des Besitzrechtes im frühesten Mittelalter scheinen u. a. beispielsweise schon die häufigen, auffälligen Betonungen des Wortes habere neben einem detinere und possidere in den Formeln eines Marculf, den Capitularien der fränkischen Könige u. s. w. anzudeuten. — Selbst indirekt zeigt sich dies Tonangeben des Besitzes während des Mittelalters in der Eigentumslehre. Da nämlich das ältere germanische Recht in seiner Gewere Eigentum und wirkliches Besitzrecht (Detentionsrecht) noch nicht begrifflich zu unterscheiden vermochte, so musste für beide notwendig nur ein und derselbe Erwerb eintreten. So sehen wir denn (im Gegensatze zum röm. Rechte der possessio §. 3 Z. 7 u. §. 16) allmählich den faktischen „Besitz" zugleich die Voraussetzung des „Eigentumserwerbes" werden, — eine Annahme, die heutzutage noch herrschend ist, (und welcher nur die Grenze der faktischen Unmöglichkeit vielfach hindernd entgegentritt; denn der Kaufmann kann seine Güter beispielsweise nicht immer mit sich führen, um mit dem Besitze das Eigentum zu übertragen u. s. w. vgl. §. 16 Note 11). — Anfänglich nämlich bezeichnete zwar das Mittelalter mit dem Worte traditio noch den Vertrag, die Auflassung, sala; vgl. mein heut. Besitzr. 1880 S. 96 N. 14. Aber es trat schon anfänglich zu diesem Vertrage der traditio die thatsächliche Besitzeinweisung, investitura etc. hinzu. Späterhin dagegen drehte sich der Sprachgebrauch geradezu um; man hielt die traditio jetzt selbst für eine Besitzübertragung, und bildete gemeinrechtlich vollends, in Folge der Auffassung der traditio als solche äussere Form, die Lehre vom titulus neben einem modus acquirendi aus. Charakteristisch ist endlich, wie selbst das plus juris oder sog. bessere Recht des röm. Eigentumsbegriffes possessio während des Mittelalters schon durch ein Recht surrogiert wurde, in welchem der faktische „Besitz" das röm. corpus ersetzte; z. B. legg. Aethelredi III 10 c. 1: Agnunge bith ner thaem, the haeft (Eignung ist näher dem, der „besitzt") und in verwandtem Sinne im Sachsenspiegel Ldr. II 36 §. 3: De in geweren „het", is neger to beholdene. — Ueber die legislative Ausführbarkeit vgl. unten §. 16 N. 11.

11) oben §. 3 Note 56.

teils noch heutzutage in England sich findenden Rechte[12]), dass es weniger, dem begriffsvollendeteren röm. Rechte vergleichbar, mit abstrakten Begriffen rechnet, als vielmehr nach einer Sammlung von Anwendungen: Präcedenzfällen oder Präjudicien, Weistümern, Schöffensprüchen etc. sich richtete. Zwar fand sich der Schutz des Besitzrechtes im Mittelalter allerdings gleichfalls unter einem abstrakten Begriffe mitinbegriffen; nämlich unter dem Begriffe der Gewere. Es ist dies wohl wissenschaftlich längst speciell nachgewiesen, und neuerdings allgemeiner schlagend durch unsere Nationalökonomen dargethan: die altdeutsche Gewere musste im Grundbesitze des tieferen Mittelalters auch das Besitzrecht schirmen, weil damals die germanische Markverfassung vorherrschte, und an deren gemeinschaftlicher Almende dem Einzelnen nur dieser Besitz ohne animus domini möglich war. Aber auch dieser einigermassen abstrakte Begriff der mittelalterlichen Gewere ist bis zur Stunde noch kaum so vollständig aufgeklärt, dass aus ihm der materielle Begriff des damaligen Besitzrechtes näher begründet werden könnte. Neuerdings noch erachtet Sohm[13]) dessen Untersuchung trotz Laband und Heusler noch nicht abgeschlossen. Auch ich habe seitdem die Meinung auszusprechen versucht[13a]), dass es mir scheine, als ob aus sich selbst diese Gewere eine materielle Aufklärung niemals zulassen dürfte; einfach deshalb, weil dieselbe, abgesehen davon, dass sie kein ausschliesslich materieller, sondern zugleich ein prozessualer, überdies auch ein zu genereller materieller Begriff gewesen sein dürfte, am nächsten etwa vergleichbar unserem Begriffe einer „dinglichen Klage“. Sowenig wir so im Stande wären, aus diesem unseren Begriffe einer dinglichen Klage allein, — deren Umkreis doch verschiedene Rechte an der Sache in sich schliesst: neben dem Eigentume eine Reihe von jura in re, — das einzelne bestimmte materielle Recht (jus in re) des deutschen Besitzes nachzuweisen und materiell zu erklären, ebensowenig besagt uns derjenige, welcher im Gottesurtheile mittels Zweikampfes, mittels

---

12) Molengraaf, rechtsgeleerd magazijn, Haarlem I 1882 S. 221 ff.

13) Rudolph Sohm, zur Geschichte der Auflassung, Festgabe zum Doktorjubiläum von Thöl, von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät in Strassburg; Strassburg 1879 S. 1 f.

13a) Rechtsgeleerd Magazijn I S. 286 f.

Eideshelfern oder „getügen“ irgend ein Recht an der Sache werte oder währte, damit schon, welches specielle, abstrakte Recht er werte, ob Eigentum oder Besitzrecht eines Genossen. Unter diesen Umständen somit musste wohl für uns bisher und wird auch fernerhin jeder Versuch missglücken, aus dem generellen Inhalte der altdeutschen Gewere ein specielles Besitzrecht nachzuweisen.

Um den Besitzbegriff vom Eigentume abstrakt zu scheiden, bedurfte es ebendeshalb des Eingreifens eines weiteren, geschichtlichen Faktors. Diesen Fortschritt bot, freilich unbewusst, das nähere Bekanntwerden der Romanisten mit dem wiederauflebenden röm. Rechte; auf die, wissenschaftlich noch undefinierten Rechtsverhältnisse des germanischen Besitzrechtes begann nämlich mit einem Male schon die italienische Glosse die Lehren des antiken Eigentums der possessio nicht etwa bloss analog zu übertragen, sondern sie begann bereits beide Institute direkt zu identificieren. Und von dieser Missdeutung nun der röm. possessio im Mittelalter datiert wohl die erste Begriffsbestimmung wie die erste Begriffsausscheidung des germanischen Besitzrechtes von dem Eigentume.

Wie dies möglich ward, erklärt sich vielleicht einigermassen auf folg. Weise — Vor allem war selbst in den Ländern des ehemaligen röm. Reichs die Kenntnis der ursprünglichen Bedeutung des röm. Eigentumsbegriffes possessio neben dem Eigentumsbegriffe dominium längst aus dem Gedächtnisse der Geschichte entschwunden. Mit der Beseitigung des duplex dominium unter Justinian schon konnte die, einer geschichtlichen Klärung entbehrende Folgezeit unmöglich mehr begreifen, warum neben dem unzweifelhaften Eigentume dominium noch ein zweiter Begriff gleichfalls ein Eigentum vorstellen sollte. Weder ein Objekt für dies besondere Eigentum, noch eine Person als ausschliesslicher Träger eines solchen, war mehr aufzufinden; denn es bestand weder die frühere Unterscheidung von res mancipi der italischen Grundstücke etc. und nec mancipi des Provincialbodens etc. fort, für welch' letzteren nur der Eigentumsbegriff possessio möglich gewesen wäre, noch gab es mehr jenen Unterschied der Personen, von welchen der Nichtcivis des Eigentums der possessio ausschliesslich fähig gewesen wäre. Wie bald so die geschichtliche Bedeutung der possessio damals aus der Erinnerung des Mittelalters verschwunden war,

beweist, dass im Orient bereits ein griechischer Scholiast[14]) des Theophilus die actio der possessio in §. 2 J. de act., den später berüchtigt gewordenen unus casus der Institutionen, welche uns jetzt als die Publiciana actio leicht erklärbar ist, nicht mehr kannte, obgleich diese Eigentumsklage des „Eigentumes der Provinz" doch zur Zeit des Theophilus noch für das Grundeigentum des Orients an Stelle der Klage des civilen, italischen dominium in ausschliesslicher Übung gewesen sein musste. Ebensowenig kannten im Occidente diese actio der possessio mehr der brachylogus[15]) wie die älteste, mir bekannt gewordene Interlinearglosse[16]) des Placentin † 1192 und Johannes Bassian zu dieser Institutionenstelle, geschweige die folgende Accursische Glosse und die späteren Romanisten. Und wie diese blosse actio des possessor, so war notwendig auch der materielle Begriff dieses antiken Eigentumes possessio überhaupt aus dem Gedächtnisse jener Zeit verschwunden und in Italien, wie es scheint, durch den Namen des früher civilen dominium verdrängt.

Gleichzeitig zeigt sich aber eben anderseits die überraschende Erscheinung, dass in nachrömischer Zeit die röm. possessio im Occident sofort, schon von der ältesten Glosse an, nur als germanischer „Besitz" aufgefasst wurde, obgleich ein derartiges dingliches Besitzrecht noch unter röm. Herrschaft in Rom und Italien niemals existiert hatte; somit hatte auf diese Weise mit einem Male germanisches Recht ganz ebenso die Mission der Fortbildung und Bereicherung des, von den Römern ererbten Rechtssystems mittels eines

14) M. vgl. die Note von Fabrot in der Ausgabe des Theophilus von Reitz zu §. 2 I. de act. 4, 6; diese griechischen Scholien sind Pariser Handschriften entnommen und glaubten die Lösung des unus casus statt in der Publiciana in der l. 8 §. si filius 13 D de inoff. test. zu finden.

15) Brachylogus lib. IV cap. 23 §. 2.

16) Bekanntlich reicht die älteste Turiner Glosse (Savigny, Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter Bd. II Beil. 3) nicht zum tit. Inst. de act. herab. Unter den, von mir eingesehenen Glossen der Jenaer, Münchner, Pariser u. Bamberger Handschriften sind die Interlinearglossen der letzteren zu dieser Stelle die ergiebigsten. Das m. s. Bamberg D. II (angeführt von Schrader prodrom. S. 37 num. V u. S. 136 sowie in Savigny Gesch. Bd. V cap. XXXVI I. E.) enthält bereits eine Interlinearglosse des Johannes Bassianus (Sigle Jo), welche den unus casus in der exceptio gelöst glaubt. Die Lösung des Placentinus (Präjudicialklagen) findet sich in dessen lib. I de varietate actionum tit. 19, und als actio ex status deminutione vorbereitet in der Interlinearglosse der Pariser Handschrift des XII. Jahrh. sign. Notre Dame 114 mit der Sigle Cis (Ciprianus?)

neuen und juristisch wertvollen Institutes übernommen, wie wir dies sonst nur von dem röm. Weltrechte selbst zu erfahren gewohnt waren. Zwar beweisen die neuesten Forschungen Brunners[17]), dass auch noch nach dem Verfalle des weströmischen Reiches die „römischen" Bewohner Italiens das Eigentum ohne Besitzübertragung durch die blosse carta übertrugen. Dies schliesst aber nicht aus, dass bei den, nach Italien vorgedrungenen und dort nach gesondertem Stammesrechte fortlebenden „Germanen", welche zwar anfänglich, wie das frühere Mittelalter überhaupt, das Wort traditio gleichfalls noch als Vertrag, (Sala, Auflassung) verstanden haben werden, nichtsdestoweniger bei der Investitur in den Grundverhältnissen etc. eine wirkliche Besitzübertragung stets hervortrat, bis diese allmählig, in Folge der Unverständlichkeit der antiken possessio für das Mittelalter, unter der Firma der röm. possessio allgemeiner die Oberhand gewann. — Welche Motive nun speciell zur Verbreitung dieses germanischen Institutes über die übrigen Culturländer des Mittelalters innerhalb der zum Teile ungeschichtlichen Periode der Völkerwanderung u. s. w. mitwirkten, lässt sich freilich heutzutage wohl schwer im einzelnen nachweisen. Wir wissen etwa nur von allgemeinen Motiven: dass bereits seit Cäsar und noch mehr unter den späteren Kaisern germanische Reitervölker den Römern Heeresfolge leisteten, welche früher oder später nach Soldatenart mit Land belohnt worden sein und vielleicht zuerst ihre germanischen Grundverhältnisse den nichtgermanischen Völkern zur Anschauung gebracht haben werden. Einen mächtigeren Einfluss musste aber zweifelsohne die spätere Völkerwanderung üben; denn seitdem werden Germanen nicht bloss als dienende Krieger, sondern als Herrn und Eroberer das in Italien, Spanien, Frankreich u. s. w. den Römern wie sonstigen Eingesessenen abgenommene Land nach germanischem Besitzbrauche verteilt haben. Und nochmals musste es die spätere germanische Lehens- und Heeresfolge des Lehensstaates seit Karl dem Grossen bis zu den Kaiser- und Kreuzzügen gewesen sein, welche den germanischen „Besitz" des Vasallen den Völkern in und über Italien hinaus vor Augen führte. Kein Wunder, wenn da jene ungeschichtliche Zeit sofort bei der Wiederbelebung des röm. Rechts in Italien durch die Glosse noch weit mehr als unsere Gegenwart

---

17) Vgl. unten §. 16 Note 34 und mein Besitzrecht 1880 S. 96 Note 14.

durch die vermeintlichen, auf die röm. proprietas, (das Eigentum ohne ususfructus) und den doppelten Eigentumsprocess etc. allein bezüglichen Unterscheidungen[17a]) zwischen possessio und sonstigen röm. Eigentumsqualitäten zu dem Glauben verleitet werden musste, die röm. possessio könne unmöglich nochmals ein Eigentum neben dem röm. dominium, das, erst im neuentdeckten Gajus wörtlich erwähnte, duplex dominium sein, sie müsse vielmehr das Vorbild eben des, vom Eigentume wirklich verschiedenen, germanischen Besitzrechtes des Markgenossen, Hörigen, Vasallen, Familiengenossen, Emphyteuta u. s. w. vorgestellt haben!

Gleichviel aber, wie die Übertragung dieses germanischen Besitzrechtes auf die romanischen Culturländer erfolgte: Thatsache ist, dass sie erfolgte und dass sie nachweisbar bereits vollendet war, als die ersten Regungen einer wissenschaftlichen Neubelebung des röm. Rechts auftauchten. Im Occident definiert nämlich bereits der brachylogus[18]), (welchen ich für eine abendländische Überarbeitung eines griechischen Commentars, nicht für ein gothisches etc, Produkt halten möchte), die possessio als corporalis rei „detentio", somit mit demselben unrömischen[19]) Worte „detentio", mit welchem das gesamte spätere Mittelalter bis auf Bruns herab sogar dasjenige germanische Besitzrecht, welches man nicht schon in der röm. possessio selbst enthalten dachte, also das gerade Gegenteil des römischen Eigentums der possessio, definierte. Und ebenso teilte auch bereits die Glosse ihre ganze „vermeintliche possessio" in Wirklichkeit nur wieder in dasselbe doppelte „germanische Besitz- oder Detentionsrecht", nämlich: 1) in ein Detentionsrecht, welches vermeintlich schon in der röm. possessio geschützt war, und 2) in ein Detentionsrecht des Pächters, Mieters etc. etc., welches im röm. Rechte noch keinen Schutz fand; eine wirkliche röm. possessio, dieses röm. Eigentum, brachte dieselbe daher niemals mehr zur Anwendung. Die Glosse definiert nämlich einmal, wie die bei Bruns[20]) gesammelten Materialien

17a) oben §. 3 Note 43 und 44 §. 22, 24.

18) Brachylogus II, 8 §. 2.

19) Unten b, Note 49.

20) Bruns R. d. Bes. 1848 S. 105 ff. Charakteristisch ist auch hier u. a. schon die germanische Missdeutung des Wortes sedes in der Etymologie des Paulus l. 1 pr. D. de a. poss: possessio appellata a sedibus. Statt der, von den Römern ins Auge gefassten Ansiedlung (Sedes) auf herrnlosen Ländern oder dem ager publicus, der Herrschaft des Ansiedlers

ausführlicher zeigen, vor allem die röm. possessio selbst schon unrömisch als einen germanischen faktischen Besitz: als ein corpus corpori incumbere, als ein jus „detinendi" sibi und als „corporalis" rei „detentio", — nicht als jenes Eigentum der wirklich röm. possessio, welches durch ein, möglicherweise nur vorübergehendes factum oder durch blosse thatsächliche Verkörperung der Eigentumsüberlassung, gleichviel ob mittels andauernden germanischen Besitzes oder ohne solchen, lediglich „erworben" wird, ohne notwendig selbst dieses andauernde Sitzen und Besitz zu sein, — und zweitens erkannte die Glosse auch direkt, im Gegensatze zur röm. possessio, diesem sog. detentor oder faktischem Besitzer selbst auch da ein Recht, d. i. ein Klagerecht, zu, wo die Römer das Vorhandensein einer possessio direkt ausschliessen[21]: — — Auf diese Weise und seit dieser Zeit unterschied somit wohl zum ersten Male, wenn auch unbewusst, eine wissenschaftliche Jurisprudenz abstrakt zwischen dem, den Römern noch unbekannten Gegensätzen von Eigentum und dinglichen Besitzrechte. — Der Glosse Italiens scheint alsbald auch das spanische Recht der Siete Partidas wie die französische Jurisprudenz mit einer gleichen germanischen Erklärung der vermeintlichen röm. possessio nachgefolgt zu sein[22]; und dass auch in Deutschland die röm. possessio niemals als das wirkliche röm. Eigentum, sondern nur als germanisches Besitzrecht begriffen werden konnte, versteht sich von selbst; hier hatte das nähere Bekanntwerden mit den römischen Doppelbegriffen dominium und possessio überdies die Folge, dass man von nun an nicht mehr in der Gewere Eigentum und Besitz fernerhin unausgeschieden schützte, sondern um eben die Zeit der Neige des Mittelalters begann man jetzt, die deutschen Namen Eigentum und Besitz als technische

---

als Eigentümer, fasste schon Placentin und Rogerius diese sedes und mit ihnen die possessio als eine assessio, ein corpore incumbere, ein „Sitzen" und damit als einen offenbaren germanischen Besitz oder als ein thatsächliches, körperliches „Innehaben" auf. Ähnlich Azo; Bruns l. c. S. 107.

21) So enthält z. B. die Accursische Glosse zu §. 2 I. de act. 4, 6 einen Lösungsversuch des unus casus oder der actio des possessor dahin: quando alius „non possidens" agit, ut si ratione „detentationis" agatur. Andere Fälle, in welchen einzelne Glossatoren dem Detentor ein Klagerecht zugestehen, bei Bruns R. des Bes. 1848 S. 115; v. auch die Notiz S. 106, dass Placentin dem detentor die Interdicte utiliter gab.

22) Bruns R. des Bes. 1848 S. 343 ff., 352 ff.

Begriffe neu zu erfinden oder doch zuerst anzuwenden[23]) und damit beide Begriffe zu scheiden.

Eine nicht zu unterschätzende weitere Unterstützung fand ferner das „Gewohnheitsrecht" des germanischen und romanischen Besitzes, soweit es nicht bereits unter der vermeintlichen röm. possessio einen Schutz gefunden hatte, durch die „Gesetzgebung" des canonischen Rechts; vor allem durch die Spolienklage. Bruns, welcher zugibt, dass später aus dem c. Redintegranda[24]) ein Detentionsrecht fast allgemein gefolgert wurde, bezweifelt wohl mit Unrecht, dass in eben dieser Stelle selbst das Detentionsrecht in der That bereits direkt geschützt sei; denn die Stelle gibt dem kirchlichen Pfründebesitzer nicht bloss an res propriae, sondern auch an fremden „res ecclesiae" und an der „Pfründe" sein faktisches Innehaben zurück; und an diesen Gegenständen konnte derselbe doch unmöglich animus domini oder römische possessio und etwas anderes, als germanisches Besitzrecht an „fremden" Sachen „ohne animus domini" haben; aus doppeltem Grunde oder zufolge der doppelten „causa" des Besitzrechtes: sowohl vom Standpunkte seines faktischen Innehabens oder der Restitution des Gewahrsames als Verwalter, als wegen des Vorliegens der weiteren causa seines Besitzrechts: der thatsächlichen Nutzniessung, lag somit hier ein germanisches Besitz- oder Detentionsrecht vor.

Wie aber die Glosse und das canonische Recht, so pflegte auch noch die spätere Jurisprudenz fortwährend dies germanische Besitzrecht und niemals eine römische possessio. Es ist bekannt, wie auch von der folgenden italienischen Praxis seit Durantis, Johannes de Deo etc., welchen auch die rota Romana beipflichtete, der sog. Detention schlechthin neben derjenigen Detention, welche man schon in der vermeintlichen röm. possessio geschützt wähnte, eine Besitzklage gestattet wurde[25]), sowie dass ähnlich in Deutschland seit der Reception des röm. Rechts bis auf Savigny's Auftreten dieses uneingeschränkte germanische Besitzrecht in Theorie und Praxis die herrschende Besitzanschauung[26]) war. Trotz allen Streites im einzelnen, teils über die Missdeutung der ganzen röm. possessio, teils über den Ein-

---

23) oben §. 3 Note 56.

24) Bruns Besitzklagen 1874 S. 226 u. f. mit Note 3, und R. des Bes. 1848 S. 152—3.

25) Bruns R. des Bes. 1848 S. 231 Besitzkl. S. 226—7.

26) Bruns R. d. Bes. S. 387, 392 ff.

fluss des canonischen Rechtes, fand dieses geschichtliche, positive Institut des germanischen Rechts, wenn auch in ungeschichtlicher Begründung da Vertretung namentlich durch Leyser, Böttcher, Stryk, Berger, Struve, Wernher, Hommel, Heineccius, Thibaut, Schmidt etc.; einzelne dieser Juristen proclamierten jetzt schon offen die Existenz eines „Gewohnheitsrechtes des Besitzes“ indem sie das röm. Recht hier geradezu für unanwendbar erklärten[27]).

Dazu kommt, dass eben dies germanische Besitzrecht, auch soweit es nicht schon unter der scheinbaren Hülle einer vermeintlichen und missdeuteten röm. possessio fortwährende Anwendung findet, namentlich in dem Besitzrechte des Pächters, Mieters, Retentionsberechtigten, selbst noch heutzutage in dem, wohl grössten Teile Deutschlands partikular-rechtlich gesetzliches Recht ist; denn es gilt beispielsweise noch heute in dem, dem älteren Sachsenrechte verwandten preussischen Landrechte, in der bayrischen Gesetzgebung des trefflichen Kreitmayr, dem sächsischen Landrechte, dem Züricher Gesetzbuche[28]); erst aus der gemeinrechtlichen Praxis seit Beginne dieses Jahrhunderts vermochte der Einfluss Savigny's dieses, über die vermeintliche röm. possessio hinaus ausgedehnte Besitzrecht zu verdrängen; (die Auffassung von Brinz, als ob ich dies erweiterte Besitzrecht noch jetzt als in unserer Praxis in Übung befindlich bezeichnen wollte, krit. Vierteljahrschr. Bd. 23 S. 418, dürfte auf einem Missverständnisse beruhen). In eben dieser Ausdehnung aber fand dasselbe Besitzrecht ferner bereits in der neuesten Reichsgesetzung[29])

---

27) M. vgl. u. a. die denkwürdige erste Note zu Savigny's R. d. Bes. §. 1 Note 1.

28) Preuss. Landr. I, 7 §. 6, 146, 169, 170; I 20 §. 536—7; I 21 §. 2, 258, 259. — Bayr. Landr. II 5 §. 8 N. 6. Kreitmayr Anm. hiezu 2, e zu II, 5, 2; Anm. 3, b zu b. Landr. IV, 6, 21; besonders charakteristisch bayr. Ger. Ord. v. 1755 c. III §. 4 pr.: Die Klag' geht entw. auf d. Recht und Eigentum der stritt. Sache selbst oder nur auf blosses Inhaben derselben. — v. Roth Syst. d. d. Privatrs. I §. 1 Note 15. Vgl. Roth bayr. Civilr. II §. 130, 131; Bruns Besitzkl. 1874 §. 21 S. 227; Seitz heut. Besitzrecht 1880 S. 113; Stobbe d. Privr. 2. Aufl. II §. 75 Z. 4.

29) M. vgl. das deutsche Faustpfand in §. 14 Einf. Ges. z. D. Concurs Ord. v. 1877: „Pfandrechte — bestehen — nur, wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der Sache erlangt und behalten hat.“ [Zu dieser Stelle entgegnet Brinz krit. Vierteljahrsschr. Bd. 23 S. 438, das deutsche Besitzrecht kenne keine Stellver-

eine zweifellose Anwendung, und fand dasselbe ferner, trotz des Übergewichtes Savigny's, fortwährend selbst auch in der Theorie seit Savigny seine Vertretung [30]). — Ja dieser germanischen Be-

---

tretung, und doch besitze hier ein Dritter. Allein die Reichsgesetzgebung ist hierin völlig correkt, und es liegt auch hier nicht einmal eine Stellvertretung im Rechte selbst vor. Ein dritter Besitzender nämlich kann hier entweder ein Diener, Haussohn etc. sein. Dann besitzt der Herr oder paterfamilias selbst durch dieses blosse „Organ" (mein Besitzrecht 1880 S. 95 Note 10a). Oder der Dritte ist selbstständig; dann besitzt in der That nicht der Faustpfandgläubiger mehr, sondern widerruflich der Dritte, der Stellvertreter etwa als Depositar, Commodatar etc., und der „Besitz dieses Dritten" nützt nur dem Faustpfandgläubiger noch immer, weil er — zu dessen Gunsten widerruflich — dem Schuldner noch immer entzogen ist. In der Wirklichkeit ist also regelmässig jedes heutige deutsche Besitzrecht mit dem freiwilligen Aufgeben des Gewahrsams: durch animus, nicht zu besitzen, und faktische Besitzaufgabe verloren, ohne dass eine Stellvertretung eintritt. Vgl. §. 4 N. 6 jedoch mit §. 3 N. 2a] Ferner gewährt §. 41 der d. Con. O. selbst dem blossen „Detentionsrechte" eines Verpächters, Pächters, Vermieters und Retentionsberechtigten mehrfach ein „Absonderungsrecht" und gewährt §. 107 der d. Concursord. dem Concurs-Verwalter und §. 712^1, 732, 771^3 der d. Civ. Proc. Ord. von 1877 sogar dem pfändenden Gerichtsvollzieher den „Besitz"; beides ist offenbar nicht eine röm. possessio mit animus „domini" oder „sibi" habendi! — Umgekehrt bezeichnen die Motive zu §. 710 Civ. Proc. Ord. (S. 425 zu §. 659 d. Entw. Hahn Mat. II. 1 S. 451) den Pfandgläubiger, welcher nur sog. symbolische Besitzübertragung, (insoweit somit zweifellos gleich der röm. possessio) erlangt haben kann, als einen nicht im Besitze Befindlichen: nur die Detention somit ist hier Besitz. — Sehr bemerkenswert sind ferner die Anwendungen im heutigen Strafrechte, welches als Surrogat diesem zweifellosen Civilrechtsinstitute des Besitzes oder Gewahrsames (Detention) erst denjenigen Rechtsschutz gewähren muss, welchen ihm unsere römisch missdeutete Civilrechtstheorie grundlos versagt. Vgl. mein heut. Besitzrecht 1880 S. 112—118; (§. 246, 289, 123, 242 R. St. G. B.). — Auch schon das d. Handels G. B. enthält in Art. 409 u. 624 ein Faustpfand mit deutschem Besitzrechte, welches jedoch nach der Ablieferung in eine blosse obligatio rei übergeht, gleich der röm. hypotheca; Art. 374 enthält gleichfalls beides.

30) U. a. Bluntschli, d. Privatr. §. 54, 56 erweiterte die vermeintliche röm. possessio aus der Gewere. — Paul v. Roth bayr. Civilr. 1872 II §. 130 ersieht in dem deutschen Besitze einen „Rechtsbesitz", somit eine quasi-possessio eines jus in re aliena (ohne an. dom.) V. auch Stobbe d. Privatr. 2. Aufl. II §. 75 Z. 3. — Auf dem Gebiete des röm. Rechts, — abgesehen von den Versuchen des Verf. (§. 3 Note 1, welchen erste Anregungsversuche vom Jahre 1865 u. 1873, dass die röm. possessio

sitzidee ist ein „Savigny selbst" dienstbar geworden: — Auch er ist von diesem mächtigen Zuge des germanischen Rechts über die gesamte nachrömische Culturwelt erfasst worden und ist ihm unterlegen, so sehr er auch vermeinte, das geschichtliche, röm. Recht der possessio in seiner Reinheit wieder zu uns zurückzuführen! Denn auch er erfasste, mit der gesamten nachrömischen Jurisprudenz seit der Glosse, die possessio keineswegs als das, was sie in geschichtlicher Wirklichkeit war, nämlich als röm. Eigentumsbegriff possessio, sondern auch er ersah in dieser vermeintlichen possessio wieder nichts, als den von diesem Eigentumsbegriffe verschiedenen germanischen Besitzbegriff. Sein ganzer Ausgangspunkt war deshalb derselbe unrömische, im Mittelalter er-

---

Eigentum und das Besitzrecht deutsches Recht sei, vorausgingen, Seitz, das prakt. Bedürfnis der Rechtsreform gegenüber der histor. Schule 1865 S. 140 ff. und: Zur Kritik der heut. Negatorien- und Confessorienklage 1873 S. 145 ff.) trat hauptsächlich Bruns Besitzklagen 1874 S. 236 ff. generell für das deutsche Besitzrecht unter dem Namen „Detentionsrecht" ein; ihm folgend E. J. Bekker, krit. Vierteljahrsschrift 1876 Bd. 18 S. 19. — Otto Wendt, das Faustr. oder Besitzvertheidigung und Besitzverfolgung, Iherings Jahrb. Bd. 21, 1883 S. 66 f. anerkennt neuerdings die legislative Berechtigung des Detentionsrechtes, glaubt aber, im übrigen müssten wir am gem. Rechte festhalten, d. i. wohl das Detentionsr. nach Savigny's Anschauung nicht anwenden. Allein, wie wir im Texte sofort ersehen werden, wendete Savigny selbst im Besitzrechte niemals die röm. possessio, sondern selbst stets nur germanisches Detentionsrecht wirklich an, welches man für possessio hielt. Die Frage dürfte daher für uns nur die sein: soll das gem. R. das Gewohnheitsrecht des Besitzes oder der Detention, weil man dasselbe mit Savigny eine Zeit lang irrtümlich für röm. possessio hielt, aus Rechtsirrtum fernerhin grundlos auf die unrömisch und deutschrechtlich aufgefassten Fälle des pignus, precarium, sequester beschränken, auf welche in Rom die Eigentumsübertragung der röm. possessio angewendet wurde, obgleich es in diesen 3 Fällen nicht mehr und weniger Grund hätte, als in allen andern Besitzfällen, z. B. bei dem Pächter, Mieter etc.? — (Ausser diesen Schriften sind selbst z. Z. der unbedingten Herrschaft von Savignys Besitztheorie fortwährend theoretische Schriften und Proteste, namentlich von Praktikern, erschienen, welche sich zu dem Versuche eines Nachweises gedrängt sahen, dass Savigny's Besitztheorie eine praktische Unmöglichkeit sei, m. vgl. deren Aufzählung in Rudorff's Ausgabe (7. Aufl.) von Savignys R. d. Bes. S. 543–562, — eine Unmöglichkeit, welche die hochtönende Beurteilung dieses, dem praktischen Leben und seinen Bedürfnissen allzu fernestehenden verdienstvollen Historikers niemals zu übertönen vermocht hätte —.)

fundene Begriff des Faktum im heutigen Sinne oder der Detention, mittels dessen schon die Glosse wie das spätere Mittelalter nicht mehr wirkliche röm. possessio, sondern unbewusst reines germanisches Besitzrecht darstellte. Auf diese Weise hat Savigny selbst niemals eine wirkliche possessio als Besitzrecht angewendet; wir müssen dies näher darlegen.

Savigny's allgemeine Definition des Besitzrechtes vor allem als ein blosses Recht „des Besitzes" ist, wie schon bemerkt, überhaupt ungenügend und viel zu weit, um ein einzelnes, bestimmtes Recht überhaupt näher zu erklären; (denn das Recht „des Besitzes", ein Recht welches aus dem faktischen Besitze entsteht, kann ausser einem wirklichen Besitzrechte etwa ein Dutzend anderer Rechte umfassen; §. 3 Note 3). Im Detail nahm jedoch Savigny dessenungeachtet nur 2 Arten eines wirklichen Besitzrechtes als gegeben an, in welchen aber gleichfalls die röm. possessio niemals einen Besitz vertreten konnte:

1) Besitz mit animus domini oder sog. „Eigentumsbesitz." Statt dass also Savigny das absolute und relative Eigentum der possessio mit Publiciana und Interdikten als das definierte, was es in Rom geschichtlich in der That war: als wirkliches und nur durch factum erworbenes, absolutes und relatives Eigentum, beachtete er denjenigen Eigentümer, welcher zufällig gerade „zugleich faktisch besitzt", „lediglich von Seite dieses seines faktischen Besitzes" aus; so versuchte derselbe aus diesem faktischen „Besitze" des Eigentümers allein ein besonderes, selbstständiges Recht: des sog. „Eigentumsbesitzes" zu gestalten. Allein, wie schon erwähnt [30a]), geht dies nicht an. Der Eigentümer, welcher zugleich besitzt, hat allerdings sowohl das Recht der röm. possessio als den faktischen Besitz; aber ein „besonderes Besitzrecht" hat er nicht; sondern das Eigentum als Totalität aller Rechte schliesst da auch das einzelne Recht, faktisch zu besitzen, derart in sich, dass dieses nur als eine einzelne Ausübung und als Ausfluss der generellen Eigentumsbefugnis erscheint, und dass ein solches Besitzrecht sich in der Totalität der Befugnisse des Eigentümers auflöst oder consolidiert. Das also, was hier Savigny unter dem Namen possessio als vermeintlichen Besitz anwendete, war materiell nur eine Ausübung des „Eigentumes" possessio: dieses Eigentumes, soweit es zufällig besitzt; ein Besitzrecht als solches oder als

30a) Vgl. oben Text zu Note 3 (mit §. 3 II)

selbstständiges Recht hat hier Savigny niemals angewendet; ebensowenig aber eine wirkliche röm. possessio, sonst hätte er dies Recht auch Eigentum heissen müssen und nicht als Gegensatz zum Eigentume bezeichen dürfen; sein Mittelding zwischen Eigentum der possessio und jus in re des Besitzes hat somit hier juristisch geradezu zu einer Utopie geführt!

2) Neben diesem sog. Eigentumsbesitze nahm Savigny in einzelnen sporadischen Fällen allerdings einen wirklichen Besitz (als vermeintlich abgeleitete possessio) ohne animus domini als gegeben an; namentlich in seiner germanischen Auffassung des pignus, precarium und sequester etc.[31]). Hier lag nun zwar in Rom keine blosse Besitzübertragung ohne animus domini, sondern allerdings eine wirkliche „Eigentumsübertragung" der „possessio" mit animus domini nach jus gentium vor, eine blosse dingliche Besitzübertragung ohne animus domini war den Römern überhaupt fremd[32]). Aber in den romanischen und germanischen Landen seit dem Mittelalter wurden diese Verhältnisse in der Wirklichkeit niemals nach röm. Art als Eigentumsübertragung und possessio, sondern nach germanischer und heutiger Auffassung als blosse Überlassung eines jus in re des „Besitzrechtes" ohne animus domini seitens des Pfandgläubigers, precario dans u. s. w. construiert, so dass umgekehrt hier diesem das Eigentum, die possessio in röm. Sinne, verblieb, welches zu Rom übertragen wurde. Wir haben also in diesen Fällen in der That ein juristisch mögliches germanisches Besitzrecht ohne animus domini oder ein Detentionsrecht vor uns. Aber Savigny hat hier somit gleichfalls eine röm. possessio, ein Eigentum, wie überhaupt niemals angewendet.

Der ganze praktische Erfolg von Savigny's Besitztheorie war deshalb, dass derselbe im Besitzrechte eine wirkliche römische possessio niemals anwendete; denn auf dem Eigentumsgebiete der röm. possessio hätte Savigny fruchtlos einen Besitz, und auf dem wirklichen Besitzgebiete (des sog. abgeleiteten Besitzes der heutigen Auffassung des pignus, precarium, sequester) hätte derselbe fruchtlos das Eigentum der röm. possessio anzuwenden versucht. — Sein Erfolg war vielmehr, dass er das nationale und internationale, dem röm. Rechte fremde, Gewohnheitsrecht des Besitzes, dessen uneingeschränkte Anwen-

31) Ueber die possessio des emphyteuta (Savigny R. d. Bes. 6. Aufl. S. 124 N. 2 u. 3, S. 336) vgl. unten §. 21 Text zu Note 9.

32) §. 3 Ziff. 5 mit Note 16 f. Über die Identität von animus possidendi und domini v. zu §. 3 Note 13.

dung in Deutschland seit Jahrhunderten bestand, und welches sogar noch im verflossenen Jahrhunderte uneingeschränkt herrschend geworden war, völlig grundlos auf die 3—4, nach seiner eignen Theorie allein haltbaren Fälle des pignus, precarium, emphyteuticiarius und sequester beschränkte, dass er somit das gesamte übrige wirkliche germanische Besitzrecht: des Gemeindegenossen an dem Vermögen der Realgemeinde, des Besitzers mit Eigentumsvorbehalt eines Dritten, des Pächters, Mieters, Retentionsberechtigten, des Pfründebesitzers etc. etc. recht- und schutzlos gestaltete, obgleich diese Rechte mit völlig gleichem Grunde entweder rechtlos oder rechtlich geschützt sein mussten, wie Savigny's bloss germanische Auffassung des Besitzrechtes des pignus etc. Kurz: dass Savigny das, von ihm nicht erfasste positive Besitzrecht zum Nachteile unseres Rechtswissens wie der praktischen Bedürfnisse des Lebens eine Zeit lang störte und zurückdrängte.

Dieses positive Gewohnheitsrecht des germanischen Besitzrechtes endlich, nicht etwa eine röm. possessio, ist heutzutage ferner auf dem Besitzgebiete nicht bloss unser nationales, sondern auch bereits ein internationales Recht[33]). Bereits oben haben wir — abgesehen von der fortwährenden Auffassung aller Fälle des röm. Eigentums possessio als blossen germanischen „Besitz“ seit der Glosse bis auf die jüngste Gegenwart — die noch fortwährende Anwendung dieses Besitzrechtes (über die, in der vermeintl. röm. possessio inbegriffenen Anwendungen hinaus) bei den Indern und Slaven berührt. Ebenso ist im englischen common law[34]) ohnehin der Besitz und die saisine (Gewere) die Grundlage des gesamten Güterrechts; der französische code civil[35]) ferner de-

33) Hierüber meine Abhandlung: Die Wiederentdeckung der antiken possessio und die freie Entfaltung des von ihr unabhängigen nationalen und internationalen Besitzrechtes in Rechtsgeleerd magazijn Haarlem 1882 Bd. I S. 168 ff. 279 ff.

34) Gundermann englisches Privatr, Tübingen 1864 I S. 137 ff. 142 ff. 498, 269.

35) art. 2228 code civil: la possession est la detention ou la jouissance. Diese jouissance des dinglichen Usufruktuars wie des Pächters kann offenbar gleichfalls ein Besitzrecht ohne animus domini (jus in re aliena), wie das Detentionsrecht, sein. Auch die ungeklärte Mobiliarklage des Art. 2279 cod. civ. erfährt und verdient die doppelte Auslegung: 1) der faktische Besitz ist ein Titel des Erwerbes anderer Rechte, insbes. des Eigentums, und 2) das Besitz- oder sog. Detentionsrecht ist an sich

finiert seine ganze possession direkt als die mittelalterliche „Detention“ oder Besitz; auch in Italien besteht eine recuperatorische Besitzklage des „Detentor“, in der Schweiz ist dieses Detentionsrecht neuerdings wieder aufgelebt[36]) u. s. w.

Bezüglich der Begriffsbestimmung dieses internationalen Besitzrechts hat nun neuerdings wieder Brinz nach dem Vorgange von Bruns[37]) vorgeschlagen, den Begriff der röm. possessio so zu erweitern, dass auch das heutige Besitz- oder Detentionsrecht unter ihm Platz fände. Allein die röm. possessio ist ein Eigentum, das heutige Besitz- oder Detentionsrecht aber ein jus in re; es dürfte also eine solche Erweiterung der wirklichen röm. possessio das röm. Institut notwendig über seine Sphäre in das Gebiet eines anderen, ihm fremden Rechtes hineinführen: denn Eigentum, auch das relative, kann nie zu einem Rechte an einer „fremden“ Sache (jus in re — aliena) erweitert werden, das so erweiterte Recht würde keine possessio mehr sein; abgesehen hievon wurde bei uns auf dem Besitzgebiete eine röm. possessio nie angewendet, sondern nur ein Besitz- oder Detentionsrecht, zu welchem der röm. Eigentumsbegriff possessio missdeutet worden war. Was wir erweitern müssten, ist daher — nicht die, bei uns niemals als Besitz angewendete röm. possessio, sondern — „Savigny's“ Besitzlehre, d. i. Savigny's Missdeutung des röm. Eigentumes possessio als germanischen Besitzbegriff, wie diesen Savigny selbst unbewusst aus dem usus modernus pandectarum der verflossenen Jahrhunderte schöpfte, grundlos aber nur auf 4 Fälle des Besitzes dieses usus modernus, auf das pignus, precarium, den sequester wie die emphyteusis beschränkte. Mit dieser Erweiterung müssten wir uns allerdings einverstanden erklären: Soweit Savigny ohne juristischen Grund, bloss zufolge Missdeutung der röm. possessio, dieses germanische Besitzrecht eingeengt hat, genau so weit müssen wir es wieder erweitern. Freilich ist das alsdann

---

selbst ein Recht. Auch die von Dr. Drucker, bezitsverkrijging en bezitsverlies door derden, Leiden 1879 S. 13—15 angeführte eine Anschauung französischer Praktiker dürfte auf dieselbe Doppelbedeutung der franz. possession zurückzuführen sein.

36) Ital. cod. civile 694, 695, Bruns Besitzklagen 1874 S. 227 Note 10; Stobbe, d. Privatr. 2. Aufl. II §. 75 Z. 4; — oben N. 28.

37) Vgl. die Recension meines Besitzrechtes von Brinz: zur Besitzrechtsfrage krit. Vierteljahrsschrift München 1881 Bd. 23 S. 439—440. Bruns Besitzklagen 1874 S. 227 ff. 234—246.

keine Erweiterung, sondern nur eine Befreiung des heim. Besitzrechtes von seiner grundlosen Subsumtion unter die röm. possessio und gleich grundlosen Beschränkung auf die Fälle des heutigen Pfandrechts, precarium und sequester etc.

Welchen Namen wir endlich auf das heutige jus in re des Besitzrechtes anwenden sollen: den Namen Besitzrecht oder, wie Bruns gethan, den zugleich unrömischen[38]) wie undeutschen Namen Detentionsrecht, welchen der Sprachgebrauch des romanischen Mittelalters in Italien für das ihm fehlende Wort Besitz erfand? Wohl ist es nicht unsere Absicht, um des Namen willen zu rechten, da, wo es sich uns einzig um die Sache des heimischen Besitzrechts handelt. Nachdem wir aber hier doch nun einmal einen Namen auszuwählen haben werden, so werden wir wenigstens zu der Frage Stellung nehmen müssen. — Allerdings hat man bisher bei uns das Wort Besitz und Besitzrecht in der That für 2 verschiedene Rechte angewendet: sowohl für das absolute und relative „Eigentum" der possessio, als für das „jus in re" des sog. Detentionsrechtes des heutigen pignus, sequester etc., und es dürfte auch diese doppelte, sich widersprechende Anwendung kaum so schnell aus den Sprachgebrauche der Juristen, (namentlich der älteren Generation, welche sich in einen vermeintlichen Besitzbegriff der röm. possessio eingelebt hat, welchen nur eine Jugend leicht überwinden wird,) sowie selbst des Laien verschwinden; allein der juristisch correktere Name ist ohne Zweifel immerhin einzig der Name Besitzrecht für den Begriff des sog. Detentionsrechtes, nicht für die röm. possessio.

Vor allem wäre es wohl juristisch kaum correkt, mit Bruns den Namen dieses ein und desselben Besitzrechtes zu spalten, und denselben bald für den wirklichen „Eigentumsbegriff" possessio, bald nur für einen „Teil des sog. Detentionsrechtes" ohne animus domini, nämlich für die heutige Auffassung des pignus, precarium und Sequesters, anzuwenden, für den ganzen übrigen Teil dieses sog. Detentionsrechts aber, für das Verhältnis des Gemeindegenossen zum unverteilten Gemeindeland, des Retentionsberechtigten, des Besitzers unter Eigentumsvorbehalt eines Dritten, Pächters, Mieters etc. das Wort Besitz nicht zuzulassen. — Für den Eigentumsbegriff possessio ferner ist der Begriff „Besitz", und zwar sowohl für das absolute, justa causa erworbene Eigentum, als auch für

38) V. unten Note 49.

das relative Eigentum der possessio, juristisch incorrekt; auch für letzteres: weil das relative Recht begrifflich niemals von seinem absoluten Rechte getrennt werden sollte! Wäre es nicht beispielsweise inconsequent, einen nachfolgenden Hypothekengläubiger, welcher nicht mehr zum Zuge kommen kann, oder einen eventuellen Erben, dem zur Zeit ein näherer Erbe vorgeht, noch das gleiche Recht, wie dem besser berechtigten Vorgänger: ein relatives Hypotheken- und Erbrecht, zuzugestehen, dem eventuellen oder relativen Eigentümer aber nicht mehr ein gleiches Recht eines relativen Eigentumes, sondern ein ganz anderes, ein vom Eigentume systematisch verschiedenes Besitzrecht? Oft weiss ja der Eigentümer selbst kaum, ob er absoluter oder relativer Eigentümer ist; z. B. jemand kauft auf offenem Markte ein Pferd im besten Glauben von jemand, welchen er für den rechtmässigen Eigentümer hält, oder occupiert einen vermeintlich herrenlosen Gegenstand, welcher aber in Wirklichkeit bereits von einem anderen occupiert ist. Warum soll da der Erwerbende bald Eigentümer, bald blosser Besitzer und nicht gleichfalls in jedem Falle Eigentümer, wenigstens gegenüber dritten völlig unberechtigten, sein? Auch kann, wie schon am Eingange dieses §. gezeigt, über den Begriff Besitz nur der allgemeine Sprachgebrauch entscheiden; der nicht abusive heutige Sprachgebrauch aber spricht allein für die Verwertung des Namen „Besitzrecht" als jus in re des Pfandgläubigers, Mieters, Pächters etc., nicht für dessen Verwertung als Eigentum. — Ebenso wäre es ferner umgekehrt auch vom Standpunkte des Besitzrechtes incorrekt, für einen Teil desselben jus in re des Besitzrechtes ohne animus domini oder Detentionsrechts: für die heutige Auffassung des pignus, precarium und sequester, den deutschen Namen Besitzrecht, für alles übrige aber, dem Begriffe nach völlig „gleiche", Recht das fremde Wort Detentionsrecht zu wählen! Es wäre dies geradezu ein Bruch mit der Geschichte. Man sollte dem, in Deutschland entstandenen Besitzrechte ohne animus dom., welches in einem breiten Strome vom tiefsten Mittelalter, von der altgermanischen Markverfassung und dem Besitze des Hörigen herab bis auf der Neuzeit sich ergiesst, — dem Rechte, welches noch uneingeschränkt im verflossenen Jahrhunderte in Theorie und Praxis herrschend war und noch heutzutage: im gemeinem Rechte, eingeschränkt auf das vermeintliche pignus, den sequester etc., im Partikularrechte aber, als allgemeineres, uneingeschränkteres und in dem grössten Teile Deutschlands geltendes Recht, gesetzliches Recht

ist, — in dieser seiner eignen Heimat den ihm angehörigen deutschen Namen versagen, diesen durch den fremdländischen, romanischen Namen „Detentionsrecht“ ersetzen, welcher doch in Rom nur umgekehrt dem „Eigentume“ der possessio selbst diente[39]), während jetzt auf das röm. Eigentum der possessio der historische deutsche Name des germanischen jus in re aliena des Besitzrechtes übertragen werden sollte; und dies alles aus dem Grunde, weil einmal Romanisten dem Irrtume, dem Märchen verfielen, welches ein römisches doppeltes Eigentum mit unserem eigenen germanischen Besitzrechte verwechselte!?

b) Spuren eines wirklichen Besitzes in Rom.

Nachdem die röm. possessio, wie gezeigt, sich in den Anwendungen der antiken Welt juristisch durchgängig als Eigentum bewegte, so folgt vor allem von selbst, dass diese, juristisch gebraucht, niemals der heutige, dem Eigentume systematisch entgegengesetzte „Besitz“ (Detention) gewesen sein konnte. Selbst da, wo dem Schutze der röm. possessio die weiteste Ausdehnung nach der Richtung der sog. Detention verliehen wurde, etwa in den von Ihering angenommenen, von Bruns nicht angenommenen actiones momentaneae possessionis der späteren Kaiserzeit[40]), in welchen wirklichen Detentoren: Verwandten, Freunden, Pächtern, Dienern[41]) zum Schutze der possessio Abwesender die Geltendmachung einer Klage zugestanden wurde, traten diese Detentoren doch niemals, wie nach germanisch-romanischer und heutiger Anschauung, aus dem eignen Rechte der sog. Detention — diese war in Rom noch kein Recht — klagbar auf, sondern entweder nur als Stellvertreter, actores oder procuratores[42]) des wirklichen possessor; oder wenn diesen Detentoren in Rom wirklich selbst noch eine possessio momentanea zugestanden worden wäre, so wäre ihnen doch diese possessio nimmermehr schon qua Detentoren zugestanden worden, (dies behauptet wohl auch Ihering nicht), sondern diese possessio wäre nach röm. Auffassung nur wieder dasselbe auf Zeit über-

---

39) V. unten Note 49.

40) Jhering, Beitr. zur Lehre vom Besitz 1868 Jahrbücher für d. Dogm. Bd. 9 S. 87 ff. 92 ff. und 2. Aufl.: über den Grund des Besitzesschutzes 1869 S. 112 ff. — Bruns Besitzklagen 1874 §. 11 S. 84 ff. vgl. S. 226 N. 2; R. des Besitzes im Mittelalter S. 63—66.

41) Z. B. c. 1 C. si per vim 8, 5.

42) In c. 6 pr. C. unde vi 8, 4 ist ausdrücklich von solchen die Rede.

lassene Eigentum[43]) gewesen, welches wir, wenigstens dem Begriffe nach, bereits oben in der sog. „abgeleiteten possessio“ des pignus, precarium und sequester kennen gelernt haben: kein vom röm. doppelten Eigentume verschiedener heutiger Besitz. Ferner wurde in diesem Paragraphen (Note 3) schon wiederholt bemerkt, dass auch da, wo der röm. Eigentümer selbst besitzt und in seinem faktischen Inhaben geschützt wird: in dem sog. „Eigentumsbesitze“, kein wirkliches Besitzrecht, sondern nur eine Ausübung und ein Schutz des Eigentums vorliegt.

Nichtsdestoweniger findet sich ein wirklicher thatsächlicher Besitz: ein „Innehaben und über die Sache thatsächlich, salva rei substantia verfügen,“ auch schon im röm. Rechte in mehrfachen Anwendungen erwähnt; — wenn auch nicht als dingliches Recht, so doch zunächst als Thatsache und als Gegenstand von Obligationen. — Vor allem treffend betont Bekker[43a]), wie die Römer nicht selten mit „possidere und possessio einen blossen Thatbestand und etwas anderes, als die juristische possessio,“ und zwar möglicherweise zugleich selbst fakt. „Besitz“ (Eigentumsbesitz) bezeichnen können. Derj., qui possidet, ist den Römern deshalb allein noch nicht rechtlich (juristisch) der possessor. „Possidere“ heisst vielmehr auch, das Recht oder Eigentum der possessio bloss „faktisch ausüben.“ Aehnlich etwa, wie bei uns „besitzen“ auch nur das fakt. Ausüben des heutigen Besitz-„Rechts,“ z. B. des Detentionsrechtes des Pfandgläubigers, Sequesters bezeichnen kann, ebenso kann bei den Römern das Wort „possessio“ bloss diese fakt. Ausübung des Eigentums, dies bloss fakt. Verhältnis bezeichnen, wie dies überdies ja nebenbei zugleich fact. Erwerbtitel des Rechts der röm. possessio [causa possessionis oder facti] sein kann. Derjenige aber, welcher das Eigentum nur ausübt, ist nicht notwendig der, auch rechtlich als possessor oder als Eigentümer zu

---

43) §. 3 Ziff. 5 zu Note 16 f.

43a) E. J. Bekker Bes. §. 6—13 S. 333, 358—60; krit. Vierteljahrsschr. Bd. 18 S. 15; neuerdings Zeitschr. der Sav.-Stift. f. Rg. Bd. V. Zu d. Lehren v. L. A. sacram. etc. III zur Erwiderung von Brinz. — Aehnliche Beispiele werden unten erwähnt; z. B. etwa (§. 19 zu Note 17—21) l. 15 mit l. 12 §. 1 D. de Public 6, 2: etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti potest Publiciana d. i. der actio des possessor (§. 19 unten). Auch Sav. Bes. 6. Aufl. S. 356 N. 2 ersieht in diesen Stellen „natürliche Detention“. Vgl. bes. l. 22, 17 pr. D. de poss. (§. 23). — Neuerdings noch Wendt in Iherings Jahrb. Bd. 22 S. 347 ff. —

Erachtende; und es kann u. a. auch schon der blosse faktische „Besitz“ eine Ausübung des Eigentums der possessio sein. So konnte es ebendeshalb kommen, dass die Römer, — wohl ahnungslos, dass damit dereinst der, durch germanischen Einfluss erkannte Gegensatz des Besitzes zum Eigentume bezeichnet werden sollte — selbst auch schon mit dem Worte possidere oder Eigentum ausüben einen faktischen Besitz bezeichnen konnten, obgleich denselben doch das Wort possessio juristisch nur Eigentum bezeichnet. Nur steht eben dieser fakt. Besitz stets in Beziehung zum röm. Eigentume der possessio, nicht zu einem jus in re aliena des heutigen dingl. Besitzrechtes. — Ferner „konnte“ ein faktischer Besitz, ein Innehaben der Sache enthalten sein in dem röm. corpus, dem corpore possidere; ebenso implicite in dem röm. factum, soweit es nicht seine technisch juristische Bedeutung annimmt[44]); ferner in der naturalis possessio derjenigen Juristen, welche, das jus naturale als körperliches und animalisches Verhältnis von dem j. gentium unterscheidend, zu einem jus tripertitum gelangen[45]), so dass bei ihnen die naturalis possessio die Bedeutung einer coporalis possessio gewinnt; ferner in dem in possessione esse[46]), in der custodia[47]) und in dem röm. tenere[48]). — Dagegen ist die mittelalterliche und moderne Bezeichnung „detentio“[49]) für „Besitz“ eine unrömische; diese vielmehr wird in Rom regelmässig nur auf die wirkliche possessio, somit

---

44) §. 16 Note 30 u. 31.

45) §. 14 mit Note 13—17.

46) z. B. l. 10 §. 1 D. de poss. 41, 2.

47) Gajus II §. 67; l. 3 §. 23 l. 10 §. 1 D. de poss. 42. 2; m. vgl. insbes. die missio custodiae causa, Rudorff r. Rg. II §. 57.

48) l. 63 D. V. S. apud te est, quod a te teneatur, penes te, quod possidetur. Selbst Sklaven sind dieses tenere merkwürdiger Weise rechtlich fähig: l. 38 §. 8 D. V. O. 45, 1. Ulp: plane, si tenere sibi licere stipulatus sit servus, utilem esse stipulationem convenit; licet enim possidere civiliter non possint, tenere tamen eos nemo dubitat (Sav. Bes. 6. Aufl. S. 81—82). Indessen schwankt dieser Begriff; derselbe wird auch für die wirkliche possessio angewendet z. B. l. 1 pr. D. de poss. 41, 2.

49) z. B. c. un. C. de usucap. 7, 31: bona fide tamen detentae — detinuerit — justo titulo possessionis antecessoris justa detentio; c. 12 C. de poss. 7, 32: possessionem detinere und am Schlusse: salva videlicet in hoc casu domino rei, vel ei, qui ad eam detinendam praef. transmiserit personas. c. 8 §. 1 C. de praescr. 7, 39: novus possessor, si quidem

auf den abs. u. relat. Eigentumsbegriff possessio angewendet. — Diese bisherigen Ausdrücke bezeichnen somit, abgesehen von der detentio des Eigentümers oder possessor selbst, in Rom niemals Ausübung eines eignen Rechtes des im faktischen Besitze Befindlichen. —

Eine Bezeichnung indessen erhebt auch schon in Rom den faktischen Besitz zu einem Rechtsverhältnisse, d. i. zu einem thatsächlichen Verhältnisse, welches eben durch Gewährung einer oder mehrerer Klagen, selbst dem Eigentümer gegenüber, zu einem Rechtsverhältnisse erhoben ist, nämlich, wenn auch noch nicht zu dem heutigen „dinglichen" Besitzrechte, so doch zu einem, durch eine obligatio erzwingbaren Rechtsverhältnisse; dies ist das röm. habere, bekannt u. a. aus dem „habere licere" beim Kaufe. Zwar ist auch dieser Begriff noch immer ein schwankender; die Römer beziehen auch dieses habere bald auf das Eigentum, bald auf einen blossen Besitzbegriff, bald endlich auf ein Klagerecht überhaupt[50]), darin etwa eingermassen vergleichbar der altgermanischen Gewere. Nichtsdestoweniger sind für dieses habere an sich doch gleichzeitig auch persönliche „Besitzklagen" gegeben; z. B.: 1) die actio ad exhibendum, 2) die verschiedenen interdicta exhibitoria[51]); — abgesehen von diesem habere überdies 3) finden sich im röm. Recht auch noch Fälle eines prätorischen Schutzes einer sogen. Detention vor[51a]). — Dieser faktische Besitz endlich fand sich in Rom nicht bloss bei körperlichen Gegenständen, sondern auch bei jura in re betont; da bezeichnet er indessen nur entweder den relativen Titel des Rechts der quasipossessio, welcher da als causa possidendi oder causa facti gleichfalls nach dem Satze: possession vaut titre besteht[52]), oder er bil-

ipse rei dominus ab initio fuit — commodum detentionis sibi acquirat; l. 5 §. 1 D. de op. publ. 50, 10. — Eine detentatio wird erwähnt: l. 15 §. 3 D. 4, 6; l. 5 pr. D. 25, 1.

50) l. 38 §. 9 D. V. O. 45, 1; l. 188, 71 pr. 143 D. V. S. 50, 16.

51) §. 1 J. de interd. 4, 15: per quae jubet exhiberi, veluti eum, cujus de libertate agitur, aut libertum, cui patronus operas indicere velit, aut parenti liberos, qui in potestate ejus sunt; l. 22 D. V. S. exhibere est, praesentiam corporis praebere.

51a) z. B. l. 18 §. 15 D. de damno inf. 39, 2 — eum „punit" Praetor, qui in possessione esse — passus non fuerit; das interdictum und die Publiciana freilich wird in der Stelle erst dann gestattet: si coeperat „possidere," nicht also, si coeperat „in possessione esse."

52) z. B. l. 6 §. 1 D. si serv. 8, 5: si forte non habeam aedificatum altius, adversarius meus „possessor" est. Dieser relative Titel der

det da das unterscheidende Kriterium zwischen der actio negatoria und confessoria [53]). — In all' diesen wirklichen Anwendungen schwingt sich somit der Schutz des fakt. Besitzes in Rom niemals zu dem Begriffe eines heutigen dinglichen Besitzrechts auf.

Bemerkenswert indessen ist noch, dass die Kaiserzeit in Rom wenigstens begann, selbst auch schon ein precarium dieses faktischen Besitzes oder des „in possessione esse" zu construieren [54]). Die Stelle schweigt aber, ob hiefür auch schon eine besondere Klage bestand.

Technische Begriffe, welche das Vorhandensein mehrfacher Rechtssysteme sowie Eigentumsbegriffe in Rom im allgemeinen von vorneherein bekunden.

§. 5.

Nach der übersichtlichen, geschichtlich-vergleichenden Gegenüberstellung der dogmatischen Begriffe: röm. possessio und heutiger Besitz in §. 3 und 4 verfolgen wir jetzt die Rechtsverschiedenheit des vorjust. Rom im allg. weiter, welche dort zu den versch. vorjust. Rechtssystemen und damit zu dem doppelten Eigentume dominium und possessio führte. Um dies nun zu können, müssen wir uns zuvörderst die, in den röm. Ueberlieferungen noch erhaltenen, technischen Begriffe aus geschichtlicher Vergessenheit zu neuerlichem Verständnisse wieder zurückrufen, welche dort von vorneherein die vorjustinianische Rechtsverschiedenheit: das Dasein persönlich verschiedener Rechtssysteme und die Angehörigkeit jeder einzelnen röm. Rechtsbestimmung an ein solches be-

---

quasipossessio servitutis wird, wie bei der corporis possessio, so lange als Servitutrecht geschützt, bis er als vitioser dargethan ist oder einer der Parteien einen besseren Titel nachgewiesen hat; l. 20 pr. D. 8, 2: quasi facto quodam possideo; l. 2 §. 3 D. 8, 5, vgl. jedoch unten §. 16 zu Note 30 und 31; zeitweise und zum Teil konnte dies relative Recht der quasipossessio nach jus gent., (nur nicht immer) durch Usucapion in ein absolutes und civiles oder durch longi temporis praescriptio in ein absolutes verwandelt werden: l. 10 pr. D. 8, 5 mit l. 14 pr. D. 8, 1 u. l. 4 §. 29 l. 10 §. 1 D. 41, 3 (lex Scribonia).

53) Seitz, zur Kritik der heut. Negatorien- und Confessorienklage 1873 S. 119 ff.

54) l. 10 §. 1 D. de poss. 41, 2. Dernburg jurist. Bes. 1883 S. 63. V. oben Note 6.

stimmtes System, mit grosser Verlässigkeit äusserlich zu kennzeichnen bestimmt waren; die Kenntnis solcher Vorbegriffe ist zweifellos hier für uns unerlässig.

a) Vor allem der Ausdruck jus **proprium**[1]) bezeichnet die Zugehörigkeit eines einzelnen Rechtes zu einem besonderen Stammesrechte der einzelnen Volksabstammungen und civitates Roms; somit zu den persönlichen Particularrechten der Partricier, cives, oder Peregrinen etc., welche, wie §. 2 gezeigt, in den antiken Staaten jeder einzelnen Person einer Abstammung anhafteten, gleichviel ob diese sich auf dem Territorium ihrer civitas oder auf einem fremden bewegte. — Dem jus proprium steht gegenüber das Rechtssystem des jus gentium[2]): das röm. gemeine oder gemeinschaftliche Verkehrsrecht inter gentes, welches, wie §. 1 gezeigt, jedem Stammesgenossen zugleich, elektive neben seinem eignen Stammesrechte, zustand. — Trotz der Vereinigung dieser verschiedenen Rechtssysteme, durch Justinians Compilation sind noch zumeist Notizen über die Abstammungen der einzelnen Rechte aus dem einen oder dem andern Systeme erhalten. Die Worte patrimonium, pecunia[3]), ager[4]), alienare[5]), mancipium beispielsweise sind Rechte des Stammes der Quiriten und des jus civile; andre, wie das (nudum) pactum[6]), die chirografa

---

1) l. 6 pr. l. 9 D. J. et J. 1, 1; §. 1 J. de jure nat. 1, 2; l. 1 pr. D. de a dom. 41, 1; Gajus I §. 1. So erklärt sich beispielsweise die Einteilung des Gajus l. 1 pr. D. O. et. A. 44, 7: obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris. V. Gajus I 55, III 134, 93. Isidor 5, 9.

2) Bruns, Encyclopädie von Ersch u. Gruber s. v. gemeines Recht Bd. 57 S. 213 ff. Rudorff röm. Rechtsgesch. I §. 1; — §. 1 J. de jure 1, 2; l. 9 D. J. et. J. 1, 1. Gajus III §. 93. — Ueber die ursprüngliche Identität des jus gent. u. naturale v. §. 14.

3) Vgl. N. 13.

4) l. 115 D. V. S. vgl. auch Savigny R. de Bes. §. 12 a 6. Aufl. S. 220. Ein Beispiel bei Macer l. 15 §. 1 D. qui satisdare 2, 8: qui in agro vel civitate (d. i. auf italischem oder Provinzialboden) rem soli possidet.

5) l. 67 pr. D. V. S.; l. 28 pr. eod.; l. 119 D. R. J.: non alienat, qui duntaxat omittit possessionem, d. i. wer das blosse Eigentum nach jus gentium verliert, veräussert noch nicht jure civili oder das civile dominium ex j. Quirit. — Den Gegensatz zu dem civilen alienare bildet das vendere, welches dem jus gentium angehört; l. 67 pr. D. V. S. §. 2 J. 1, 2; l. 5 D. 1, 1.

6) Gajus II §. 31 in provincialibus praediis — pactionibus; vergl.

und syngrafa [7]) Stammesrechte der Peregrinen; besonders reich endlich sind in der Just. Ueberlieferung die Rechte vertreten, welche dem gemeinen jus gentium entstammen; z. B. der servus ist, dem civilen mancipium gegenüber, Sklave nach jus gentium [8]) u. s. w.; insbesondere gehören die meisten causae des Eigentumserwerbes und die meisten Contrakte dem jus gentium an [9]) etc.

b) Verschieden von dem röm. gemeinen jus gentium bezeichnet das röm. jus **commune** [10]) diejenigen Rechte, welche zwar verschiedenen Rechtssystemen, z. B. etwa sowohl dem jus proprium oder den bes. Stammesrechten (der cives, peregrinen civitates etc.) als dem gemeinschaftlichen jus gentium, angehören und dort selbstverständlich auch verschiedenen Voraussetzungen des Erwerbes etc. unterliegen mussten, aber dessenungeachtet einen gleichen Namen oder doch gleichen Inhalt haben. Dieses jus commune war somit in keiner Weise identisch mit dem röm. gemeinen Rechte des jus gentium. Denn dies letztere war, als allen gentes „materiell" gemeinschaftliches und zugängliches Verkehrsrecht, auch da gegeben, wo Namen und Bestimmungen von den Stammesrechten der cives, Peregrinen etc. abwichen; das jus commune dagegen ist nur derjenige Teil sowohl der Stammesrechte als des gem. jus gentium, welcher nach Name und äusserem Inhalte der Rechtsregeln formell in beiden gleichmässig sich wiederfindet. Z. B. das Recht der Benützung der Meeresufer [11]) ist ein jus commune; dies heisst: dies Recht findet sich formal in dem Rechte der cives wie in dem gemeinen Verkehrsrechte des jus gentium

---

l. 38 D. 2, 14; l. 3 pr. D. 2, 15 mit §. 9 u. 10 unten; vgl. §. 5 Note 12 u. §. 8 Note 14.

7) Gajus III §. 134.

8) Ueber die servitus juris gent. §. 15 Note 9.

9) §. 11 u. ff. J. 2, 1 bis §. 6 J. 2, 5; vgl. §. 1 u. §. 12–19.

10) l. 6 pr. D. J. et J. 1, 1; l. 6 D. de injur. 47, 10 mit §. 9 u. 10 unten; l. 1 D. de legibus 1, 3, (eine interpolirte Stelle, vgl. §. 8 Note 1 Gajus I §. 3 III § 92—94); §. 1 J. de jure nat. 1, 2; l. 12 D. de minor. 4, 4; l. 78 pr. D. de condit. 35, 1. Ulp. fragm. XIX §. 9 u. 3; — eine andere Auffassung des Begriffes jus commune ohne Scheidung der Rechtssysteme noch bei Savigny Syst. I S. 58, 217—218, z. Teil bei Bruns l. c. S. 208; es ist wohl glaublich, dass nahezu jeder, zuvor noch so feststehender derartiger technischer Begriff des röm. Rechts während der tausendjährigen Dauer des röm. Reichs einmal eine abusive Bedeutung annahm.

11) §. 1 J. de rer. divis. 2, 1.

anerkannt; daraus folgt aber noch nicht, dass an dem italischen Ufer (einer res mancipi) etwa Peregrinen wie Quiriten „materiell" das gleiche Recht, das civile dominium ex j. Quiritium hätten erwerben können; oder: die röm. possessio war ein jus commune; denn sie war formal der Name des Eigentums der Peregrinen nach jus gentium, wie des Eigentums der Patricier am ager publicus; daraus folgt aber nicht, dass die Peregrinen auch materiell an der possessio des ager publicus Anteil haben, sie occupieren konnten u. s. w.

c) Ein „einzelnes" Wort ferner, welches in verschiedenen Rechtssystemen, in einem jus proprium wie im jus gentium Anwendung findet, heisst ein verbum **generale**. Was somit der Begriff jus commune für eine einzelne Rechtsvorschrift, das bedeutet das verbum generale für die einzelne juristische Wortbezeichnung. So sind bespielsweise verba generalia: die Worte conventio, ein Wort, welches in 3 verschiedenen Rechtssystemen [12]) Anwendung fand: bei Verträgen des populus oder den späteren civiles contractus, sodann bei Verträgen nach jus gentium, endlich bei den pacta der privati oder Peregrinen; ebenso das Wort res, welches sowohl Gegenstände im Vermögen nach jus gentium als nach jus civile bezeichnet [13]), im Gegensatze zu pecunia, welches lediglich Gegenstände in patrimonio oder im Vermögen nach dem proprium jus der Quiriten umfasst; ebenso sind verba generalia die Worte nomen [14]), credere [15]), bona [16]),

---

12) l. 1 §. 3—4, l. 5 — l. 7 pr. u. §. 1—4 D. de pactis. 2, 14 mit §. 9 u. 10 unten sowie oben Note 6.

13) l. 1 in f. D. de reb. creditis 12, 1: rei quoque verbum, ut generale, praetor elegit, mit pr. J. de rer. div. 2, 1: videamus de rebus, quae vel in nostro patrimonio vel extra patrimonium nostr. habentur; l. 5 pr. D. V. S. rei appellatio latior est, quam pecuniae, quae etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet, cum pecuniae significatio ad ea refertatur, quae in patrimonio sunt; vgl. l. 6, 23 D. V. S.; l. 3 §. 2 D. de bon poss. 37, 1.

14) l. 6 pr. D. V. S. nominis et rei appellatio ad omnem contractum et obligationem pertinet.

15) l. 1 D. de reb. cred. 12, 1: credendi generalis appellatio est.

16) l. 49 D. V. S. bonorum appellatio aut naturalis aut civilis mit §. 23 Note 3.

praedium[17]), obligatio[18]) etc. Dass auch das Wort possessio ein solches verbum generale ist, ergibt sich mit der Bejahung der Frage, ob das Recht der possessio ein jus commune sei.

Erst seit Ulp. und der späteren Kaiserzeit[19]) nahm indessen das Wort generale in den Anwendungen: generale jus, edictum, praeceptum, rescriptum, generalis lex, epistola, constitutio die veränderte Bedeutung eines allgemein bindenden Rechtes an. —

d) Andere Ausdrücke bezeichnen umgekehrt ein Vereinigtsein der Rechtsbefugnisse aus verschiedenen vorjustinianischen Rechtssystemen in einer Person; so z. B. das **plenum** jus, plenissimum robur etc. Speciell in Bezug auf das röm. Eigentum bezeichnet das plenum dominium gegenüber dem nudum dominium ex jure Quirit. vor Just. das Vereinigtsein des doppelten röm. Eigentumes: der possessio (in bonis) des jus gentium und des civilen dominium ex j. Quirit. Z. B. bei Gajus[20]): pleno jure, id est in bonis et ex jure Quirit. tua res. — Justinian wählt für die Compilation solcher Doppelrechte sowohl diese, als weitere Bezeichnungen, insbes. auch das firmo jure[21]) possidere etc.; den Erfolg beispielsweise, dass eine Schenkung nach der civilen lex Cin-

---

17) l. 115 D. V. S.: praedium generale nomen est; nam et ager et possessio hujus appellationis species sunt.

18) Dies beweist die civilis und naturalis (§. 14) obligatio; vgl. l. 1 pr. D. de obl. 44, 7.

19) z. B. Ulp. l. 3 §. 5 D. de sepulcro 47, 12; l. 1 §. 2 D. de fugit. 11, 4; c. 2, 3 C. de leg. 1, 14; c. un. C. de strat. 12, 25; §. 6 i. f. J. 1, 2. Bruns l. c. S. 209.

20) Gajus II §. 41, 204, I §. 15, III §. 80, 85. Dies plenum jus bezeichnet übrigens sowohl die Vereinigung von dominium und possessio (in bonis) als das Nichtentzogensein des usufructus; z. B. Ulp. l. 73 pr. D. de legat. III (32). Den Gegensatz bildet die nuda possessio, d. i. Eigentum der possessio ohne ususfructus in l. 38 §. 3 D. 45, 1; v. oben §. 3 N. 54. — Eine praktische Seite des nudum dominium bei Gajus II §. 91 u. 92; vgl. §. 18 N. 25b.

21) c. 1 C. de nudo jure Quirit. toll. 7, 25: plenissimus et legitimus dominus; vgl. l. 28 pr. D. 22, 1; §. 3 J. 2, 7; §. 8 J. de act. 4, 6; c. un. C. de usucap. 7, 31: firmo jure eam possideat. Nov. Just. 119 c. 7: eum, qui tales res habet, firme eas habere. — Auch schon früher findet sich derselbe Ausdruck; c. 7 C. de cens. 11, 57 vom Jahre 417: apud eum possessio firma permaneat. — Ein firmus titulus (possidenti praestare) in c. 7 C. de poss. 7, 32; ein inconcusse possidere in c. 5, 6 C. 11, 61.

cia zu einer perfekten, jetzt allgemein für alle Angehörigen des r. Reiches giltigen, gestaltet werde, bezeichnet derselbe durch die Worte: habeant plenissimum et perfectum robur, plenissimae sint donationes, plenissimo fini tradere sanctiones [22]) u. s. w.

e) Mit Zuhilfenahme obiger technischer Begriffe werden wir nun leichter in der Lage sein, Gegenstände auszuscheiden, deren Erwerb nur einzelnen Rechtssystemen, und zwar einzelnen Stammrechten, zugänglich gewesen sein wird. — Ein Beispiel vor allem im ager publicus. Ager bedeutet, im Gegensatze zum praedium und zur possessio, an sich schon einen Stammboden der Quiriten; der Zusatz publicus oder ager populi bezeichnet wiederholt, dass der Gegenstand nur dem populus, ursprünglich somit nur den Patriciern ohne plebs [23]), zustand. Auf diese Weise bestätigen diese technischen Begriffe nochmals die geschichtlich bekannte Thatsache, dass der ager publicus nur dem Stamme der „Patricier“ zugänglich war, an dessen Stammesrechten ursprünglich andre Rechtssysteme oder Volksabstammungen nicht Anteil hatten. — Aehnlich erscheint das Wort mancipium als ein Vermögensgegenstand, dessen Erwerb ausschliesslich den „cives“: den vereinten Patriciern und Plebejern, zugänglich war. Die mancipatio oder der Erwerb der res mancipi nämlich, dieser im Altertume besonders wertvoll erachteten Beutegegenstände [24]), war nach Ulpians Fragmenten [25]) eine „alienatio“ (Note 5), d. i. nur ein Erwerb des jus civile oder der cives; an diesen res mancipi war auch selbst für cives jeder Erwerb durch blosse traditio nach jus gentium ausgeschlossen; denn diese traditio konnte nur res nec mancipi zu civilem dominium erwerben [26]). Wenn aber selbst röm. cives die res mancipi nicht durch Erwerbarten des j. gentium, z. B. durch traditio, erwerben konnten, so folgt, dass für Peregrinen, welchen

---

22) §. 2 u. 3 J. de donat. 2, 7; Vgl. unten §. 8.

23) unten §. 9—10 mit Note 4 oben.

24) unten §. 15 Note 17 u. §. 22.

25) Ulp. fragm. 19 §. 3: mancipatio propria species „alienationis“ est et rerum mancipi.

26) Ulp. fragm. 19 §. 7: traditio proprie est alienatio (Note 5) rerum nec mancipi. Mit Cujacius glaube ich, dass die Worte nec mancipi hier sog. litterae gemminatae und daher doppelt, auch zu dem folgenden Satze zu lesen sind: Nec mancipi rerum dominia ipsa traditione deprehendimus. — Dass die traditio dem jus gentium angehört, ist zweifellos bestätigt; vgl. unten §. 16 Note 28.

nichts, als Erwerbarten des jus gent. zur Seite standen, jeder Erwerb an res mancipi ausgeschlossen gewesen sein musste. Das nähere hierüber (unter §. 19) in Verbindung mit der Publiciana, welche zuerst einen Eigentumserwerb nach jus gent. auch an solchen res mancipi erschloss. — Aehnliche Erwerbsbeschränkungen zwischen verschiedenen Stammgenossen Roms sind mehrfach durch technische Ausdrücke angedeutet; ein hieher bezüglicher negativer Begriff dürfte hier, weil bisher durch etymologische Deutungen entstellt, noch bes. Erwähnung verdienen: das Wort territorium. Dasselbe hat bereits bei den Römern, wie später, die verschiedensten Deutungen [27]), u. a. auch jene bekannte Ableitung von „terrere hostes“ erfahren, welche Puchta [28]) als ein Muster bezeichnet, wie man Etymologie nicht treiben sollte. Doch dürfte diese Auslegung des Wortes noch eine Aufklärung zulassen. Für uns ist es zudem gleichgiltig, ob diese linquistische Wortableitung eine richtige ist. Uns bietet hier nur Interesse, dass bei den Versuchen, das Wort territorium zu deuten, u. a. geschichtlich von einer Zeit berichtet wird, in welcher in Rom ein „terrere hostes“ stattfand. Bei Deutung dieser Worte dürfte aber die ältere Bedeutung des Wortes terrere, gleich einem summovere, von welcher Pomponius [29]) noch berichtet, sowie nicht minder die ältere Bedeutung des Wortes hostis [30]) ausser Acht geblieben sein, welches nach allen übereinstimmenden Ueberlieferungen die ältere Bezeichnung für „Peregrinen“ ist. Damit besagt also diese Ableitung des Wortes territorium von terrere hostes nichts andres, als dass ein Teil des Gebietes in Rom bestanden haben musste, auf welchem ein „summovere (terrere) der Fremden (hostes)“ stattfand, oder auf welchem den Fremden die Ansiedlung durch den

---

27) Varro L. L. 4 leitet das Wort von tero, Isidor origines XV. 12, 11 von tauritorium, Siculus Flaccus de condit. agr. p. 137, 21: a „terrendis hostibus“, Frontinus de agr. qual. 5, 6 Lachm. von terra. Vgl. Cujacius ad l. 53 C. de decurionibus.

28) Puchta Curs. II §. 223 Note gg.

29) l. 239 § 8 D. V. S. 50, 16. Pomp: Territorium est universitas „agrorum“ intra fines cujusque civitatis, quod ab eo dictum quidam ajunt, quod Magistratus ejus loci inter eos fines terrendi, id est summovendi jus habet. Vgl. l. 41 §. 5 D. de legat. I (30); l. 3 §. 4 D. 47, 12; l. 20 D. 2, 1. — Rudorff r. Rechtsgsch. II S. 19 N. 53.

30) Ueber hostis unten §. 6 Note 2.

magistratus [30a]) untersagt werden konnte. — Auf diese Weise dürften wir sowohl in dem Worte territorium, als in den Worten ager publicus und res mancipi, Objekte eines Eigentumserwerbes vor uns haben, welcher nur besonderen röm. Stämmen zugänglich war, Worte, welche das Vorhandensein mehrfacher Rechte in Rom im allgem. bekunden.

f) Um manchen unbequemen Satz der röm. Ueberlieferung zu paralysiren und utopische Rechtsanschauungen, wie z. B. dass nun einmal die röm. possessio der uns angeborne germanische Besitzbegriff sein müsse, zu retten, hat nicht selten die herrschende Besitztheorie mit Unrecht zu der Auskunft gegriffen, die possessio nicht als Recht, sondern nur als den Gegenstand des Rechts aufzufassen.

Wohl ein vergebliches Bemühen gegenüber der eben gezeigten strengen Technik der Begriffe des antiken röm. Rechts. — Vor allem müssen Worte, wie u. a. röm. possessio und heutiger Besitz, als Rechtslehre im Rechte erwähnt, solange nicht etwa das Wort den faktischen Erwerbtitel oder das röm. factum d. i. die faktische Ausübung oder den Thatbestand nach Bekker (vgl. §. 16 u. 4 Note 43a) des Rechtes, des Eigentums etc. bezeichnet, regelmässig ein Recht, nicht einen blossen Gegenstand oder eine Thatsache kennzeichnen. Denn es wäre absurd, von einem Rechtsbuche oder Gesetze anzunehmen, dass es etwa bloss „Gegenstände“ schildern oder über nackte Thatsachen berichten wolle, welche das „Recht“ nicht einmal berühren; wie z. B.: dass jemand ohne Recht und rechtliches Interesse auf einem Grundstücke spazieren gehen (possessio rei corp.) oder das Wasser beliebig da- oder dorthin leiten (quasi possessio) wolle u. s. w. — Ueberdies unterlässt aber auch das röm. Recht dadurch, dass es wirklich „Gegenstände“ bezeichnet, nicht stets die Bezeichnung eines Rechts. Im Gegenteile bezeichnen die Römer, namentlich Cicero und die classische Jurisprudenz, durchgängig mit dem Gegenstande tropisch das Recht selbst, welches mit diesem Gegenstande in Verbindung steht; so sind z. B. die Worte mutuum, depositum, commodatum, pignus, ager, hereditas, ususfructus, possessio stets Metonomien für die bezüglichen dinglichen Rechte, Obligationen etc. Ja diese röm. Bezeichnungen sind hierin so scharf, dass mit dem Gegenstande jedesmal nicht bloss zumeist das Dasein eines Rechtes

---

30a) Note 29 u. §. 8 N. 7.

überhaupt, sondern auch noch das besondere Rechtssystem technisch gekennzeichnet ist, welchem das bezügliche Recht angehört; es bezeichnet, wie bemerkt, z. B. servus den Sklaven nach jus gentium, mancipium den Sklaven nach jus civile; ager das Grundstück nach dem Stammrechte des jeweiligen populus, possessio den Grunderwerb nach jus gentium und commune. Dass sie dies mit ihren Worten bezeichnen wollen, besagen uns die Römer didirekt: in dem Satze der l. 23 D. V. S.: rei appellatione et causae et jura continentur, d. h. mit der Bezeichnung des Gegenstandes z. B. homo, fundus, ager, possessio, werden sowohl causae (des jus gentium oder Erwerb nach jus gentium) als jura (sc. civilia oder Erwerb nach jus civile) mitinbegriffen oder bezeichnet. — Auch ist die Annahme der Neueren völlig willkürlich, dass auch schon die Römer (wie allerdings in Folge der Verwechslung von possessio mit Besitz heutzutage wir) das Eigentum hie und da abusive mit Besitz bezeichnet hätten; sie bezeichneten es hie und da mit possessio, hie und da mit dominium, proprietas, mancipium, hie und da ohne abstrakten Begriff durch den Gegenstand, z. B. homo meus; nie aber mit Besitz im heut. Sinne; denn einen selbstständigen, dinglichen Besitzbegriff im heutigen Sinne haben dieselben überhaupt nicht gekannt §. 4.

Völkerabstammungen, welche im röm. Reiche als Träger verschiedener Stammesrechte und Eigentumsbegriffe auftreten.

§. 6.

Fragen wir nun weiter: für welche Völkerstämme mussten sich in dem rechtlich geschiedenen alten Rom nach dem dort herrschenden Principe der persönlichen Rechte — neben den particulären Stammesrechten des populus Romanus — noch andere solche particuläre Stammesrechte (jura propria) ausbilden? — Nur die Volksabstammungen sind es vor allem, welche verschiedene, partikuläre Rechtssysteme in Rom hervorriefen; eine nähere Prüfung wird daher ergeben, dass Begriffe, worunter man sonst bisher etwa verschiedene Rechtssysteme sich dachte, sich nicht als solche bewähren dürften, sondern sich in andere Systeme auflösen; z. B. das jus honorarium, welches zur bonorum possessio etc. etc. führte, ist kein Rechtssystem für sich; denn es gab ein besonderes Edikt für das Stadtrecht, ein weiteres für die Provinz; und auch in der

Stadt corrigierte es bald das jus civile, bald ergänzte es durch weitere Ausbildung das jus gentium; dasselbe beeinflusste somit „verschiedene" Rechtssysteme. — Namentlich 2 verschiedene Gruppen aber von Volksabstammungen mussten als Subjekte oder Träger solcher verschiedener Particularrechte auftreten: —

I. Ausserhalb der Stadt Rom Angesessene, welche, einer peregrinen civitas oder auch selbst als cives Romani einem municipium mit gesondertem Rechte angehörig [1]), vorübergehend, — als Fremde etwa unter dem Schutze des jus sacrum, des Gastrechts, der Clientel wie der Völkerbündnisse, — in Rom selbst Aufenthalt nahmen. Die ursprüngliche Bezeichnung solcher Fremder war: hostis [2]), abgeleitet von hostire; deren spätere: peregrinus mit den Abstufungen: Latini (colonarii, Juniani), dediticii u. s. w. [3]).

Das Auftauchen solcher Fremder in Rom, welche dort nach dem Principe der persönlichen Rechte noch nach ihrem fremden Stammesrechte fortlebten, musste allerdings seit der Eroberung der zahlreichen röm. Provinzen und dem Emporsteigen Roms zur Hauptstadt eines Weltreiches ein mehr und mehr massenhaftes werden. Und doch mussten deren Stammesrechte für die Ausbildung des röm. Rechts nicht von erheblichem Einflusse gewesen sein. — So gross war allerdings deren Andrängen, dass schon im Jahre der Stadt 507 ein besonderer praetor peregrinus und in der Folge, nach der lex Aebutia, besondere Peregrinengeschworne: recuperatores geschaffen wurden. Aber diese, wenn auch noch so zahlreichen Fremden der zahlosen peregrinen civitates traten doch, wenigstens nach der Aufnahme der röm. plebs in den populus

---

1) Vgl. Gajus I §. 79: qui proprios populos propriasque civitates habebant et erant peregrinorum numero. Ulp. fragm. XX §. 14. Rudorff r. Rechtsgesch. I §. 11 S. 28. Bruns Encyclopädie von Ersch u. Gruber Bd. 57 S. 213 f, s. v. gemeines Recht, zeigt, wie selbst die Verleihung der Civität an municipia nicht notwendig die Aufhebnng des bisherigen Rechtes mit sich brachte; vgl. auch Festus s. v. municipium.

2) Festus s. v. status dies: cum peregrino, ejus enim generis ab antiquis hostes appellabantur; ferner s. v. redhostire: nam et hostire pro aequare posuerant. — Cicero de off. I, 12. hostis enim apud majores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus. — Varro L. L. s. v. hostes (§. 7 N. 3); Gajus l. 234 pr. D. V. S. — Puchta C. I §. 83 N. n.

3) Gajus I §. 9—35. — Puchta Curs. I §. 42 u. 83.

Romanus, wie wir unter II. näher sehen werden, stets nur noch als einzelne, nie mehr als geschlossenes Ganzes auf, so dass sich niemals mehr ein neues gemeinsames Stammesrecht für sie hätte ausbilden können, wie dereinst allenfalls für die plebs. Ueberdies scheint in Rom vor den judicia der Recuperatoren regelmässig auch nicht einmal nach deren Stammesrechten, welche allerdings zur Zeit eines Gajus wie Ulpian noch immer als geltend erwähnt werden [4]), sondern von jeher nur nach dem röm. gemeinen Rechte des jus gentium Recht gesprochen worden zu sein [5]). Das Auftauchen von Peregrinen in Rom konnte daher auch schon aus dem letzteren Grunde nur für die Ausbildung dieses, den cives wie Peregrinen gemeinschaftlichen jus gentium, nicht aber für die Ausbildung der einzelnen jura propria dieser peregrinen civitates von Einfluss geworden sein. An der Ausbildung dieser Particularrechte endlich würde Rom auch kaum ein Interesse gehabt haben können: Die centrifugale, decentralisierende Wirkung einer Rechtsverschiedenheit für die Einheit des röm. Reiches, die verhältnismässige Geringfügigkeit mancher ihrer Anwendungsgebiete in den einzelnen Städten und Particularstaaten, der Mangel einer fortbildenden Jurisprudenz wohl in den meisten solchen civitates, anderseits aber die grössere innere Vollendung des gemeinsamen jus gentium und die Vorzüge desselben für den gemeinsamen Verkehr, schliesslich die fortschreitende Gesetzgebung der Imperatoren und die Verleihung der Civität an das ganze Reich durch Caracalla (211—217 n. Chr.) musste notwendig der Fortbildung dieser Particularrechte ausserhalb Roms hemmend entgegentreten: aus all' diesen Gründen ist es wohl klar, dass unter diesen Umständen Rom der Ausbildung der peregrinen Partikularrechte unmög-

---

4) Im allg. Gajus III §. 96: nam aput peregrinos, quid juris sit, singularum civitatum jura requirentes aliud (Lacune); weitere Einzelbelege Gajus I §. 55, 86, 92, 95, 189, 193, 197, 198, III §. 96, 120, 134. Ulp. fragm. XX 14, Plinius epist. X 88, Papinian l. 37 D. de reb. auct. jud. 42, 5. Vgl. Walter röm. Rechtsgesch. I §. 295 Note 46, Bruns l. c. S. 214 N. 28. Rudorff r. R.-G. I §. 1 N. 8—10 und § 12. Puchta Curs. II §. 217 Note f.

5) Indirekt folgt dies vielleicht auch aus Gajus I §. 1 (l. 9 D. J. et J. 1, 1), insbes. der Stelle: populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur. Eine Rechtsprechung in Rom zwischen Peregrinen derselben civitas konnten nach deren „Stammesrechte“ vielleicht nur arbitri bieten.

lich grössere Aufmerksamkeit schenkte. — Nur hie und da scheinen umgekehrt einzelne solcher peregriner Particularrechte brauchbare Institutionen an das röm. Recht abgegeben und dieses bereichert zu haben, wie etwa die Bezugnahmen auf Solonische Gesetze, die, dem Klange nach griechische Hypothek, die Seerechtsbestimmungen der lex Rhodia, vielleicht auch die Fideicommisse, Codicille etc. beweisen [6]). Im übrigen aber beschäftigte sich die frühere röm. Jurisprudenz mit denselben wohl soviel, wie gar nicht; auch selbst die spätere Provincialjurisprudenz des einzigen bekannten Provincialjuristen [7]) Gajus bezog sich wenigstens nach dem index Florentinus nur auf das edictum provinciale, nicht auf die einzelnen jura propria der Provincialen; dies überdies zu einer Zeit, in welcher Kaisergesetzgebung und Senatusconsulte bereits mit einer Provincialgesetzgebung (§. 8) sowie der allmähligen Nivellierung des Rechtes des ganzen Reiches begonnen hatten. Auf diese Weise mussten somit die Stammesrechte der einzelnen peregrinen civitates, (sicher vergleichbar den heutigen deutschen Particularrechten, von welchen hie und da jetzt kaum mehr ein vollständiger Urtext existiert), mehr und mehr der Vergessenheit anheimfallen, und von ihnen musste überhaupt das gelten, was Gellius über den Verfall der Rechte der municipia berichtet: obscura obliterataque sunt municipiorum jura, quibus uti jam per innotitiam non queunt [8]).

Namentlich auch über die Eigentumsbegriffe der einzelnen peregrinen civitates sowie der Municipien ist kaum eine Überlieferung zu uns gelangt. Wir werden daher hier von einer gesonderten Hervorhebung dieser jura propria der Provinz für die Folge vollständig absehen müssen.

II. Mehr dagegen nehmen für die römische Rechtsbildung die particularen Stammesrechte der, in Rom selbst eingesessenen Völkerstämme unsere Aufmerksamkeit in Anspruch; vor allem das Particularrecht der quiritischen Vollbürger [9]); weniger noch die Particularrechte der anfänglich fremden Volks-

---

6) Gajus ad l. XII tab. l. 13 D. fin. regund. 10, 1; tit D. de lege Rhodia de jactu, 14, 2; Gajus II §. 285; pr. J. de codicill. 2, 25 etc.

7) Th. Mommsen, Gajus als Provincialjurist, Jahrb. v. Bekker u. Muther III S. 4.

8) Gellius noctes Attic. XVI, 13. Bruns l. c. S. 214.

9) Bernhöft, Staat und Recht der röm. Königszeit 1882 S. 142

abstammungen, welche sich — religiös, politisch und privatrechtlich vom eigentlichen röm. populus geschieden — als ein geschlossenes Ganzes neben diesem innerhalb der Mauern Roms selbst niedergelassen hatten. Allerdings haben letztere wohl weniger direkt auf die röm. Rechtsbildung durch die von ihnen mitgebrachten Stammesrechte Einfluss geübt. Auch sie erregen aber wenigstens durch ihren indirekten Einfluss in zweifacher Beziehung unser Interesse; einmal indem dieselben durch Vermählung ihres Rechtes mit dem Stammesrechte des alten populus zur Entstehung neuer Stammesrechte dieses populus selbst führten; zweitens, weil sie zuvor, solange sie rechtlich von dem alten populus getrennt lebten, mit den übrigen Peregrinen von Anfang an die Entstehung eines gemeinen jus gentium in Rom veranlasst haben mussten.

Dass nun solche verschiedene fremde Völkergruppen als ein Ganzes, unter sich sowie von den übrigen röm. Vollbürgern rechtlich getrennt, von Anfang an innerhalb der Mauern Roms existierten[10]) und sich dort allmählig immer wieder mit dem Rechte

glaubt, dass schon die Patricier nicht die ursprünglichen Vollbürger Roms waren. — Wir können diese an sich nicht unmögliche Annahme hier dahingestellt sein lassen. Für uns handelt es sich nur darum, dass alle diese Völkergliederungen ursprünglich andere Stammrechte haben mussten, als die ihnen später gleichgestellte plebs (Note 12) sowie die peregrinen Volksabstammungen. —

10) Wie wir uns ein solches Zusammenleben rechtlich geschiedener Volksabstammungen in einer und derselben Stadt werden denken müssen? Wohl ähnlich, wie bis in die Neuzeit etwa Juden mit gesonderten persönlichen Eherechten, Tempeln, Stiftungen etc., Officiere mit persönlich verschiedenem Rechte, welche beispielsweise in den neueren Provinzen Bayerns z. T. dem altbayr. Landrechte unterliegen etc., mit anders Berechtigten zusammenleben. — Selbst räumlich scheinen solche fremde Stämme in Rom von dem alten populus getrennt gewesen zu sein. Noch jetzt finden sich unter den Ruinen Roms Spuren selbst einer befestigten Abgrenzung innerhalb der Hügel der Stadt; so in der, von Mommsen (röm. Gesch. I S. 54) erwähnten, noch heute sichtbaren Subura, welche die Palatiner im Thalgrunde gegen die Bewohner des Quirinal schützte. (Zeigen sich doch ähnliche räumliche Abgrenzungen auch noch bei uns in den, aus dem früheren Mittelalter erhaltenen Städten. So werden beispielsweise noch in Regensburg die gesonderten Burgen adeliger Geschlechter mit ihren hohen Warttürmen innerhalb der Stadt selbst gezeigt, welche bei der damaligen Unvollkommenheit der Geschosse die verschiedenen Geschlechter mit gesondertem Burgfrieden und wohl gesonderter Gerichtsbarkeit schirmten).

des alten populus verschmolzen, ist nicht zu bezweifeln. Schon das Vorhandensein verschiedener „gentes“ innerhalb der Geschlechterverfassung der Patricier scheint zu dieser Annahme hinzuleiten (§. 12), und verschiedene äussere Veranlassungen konnten zu noch anderen, wenigstens eine Zeit lang geschiedenen, Völkergliederungen führen [11]. Teils konnten flüchtenden Bundesgenossen der Römer aus Gunst, teils konnten besiegten latinischen oder sonstigen Stämmen zur Strafe, — als rechtlich geschlossenen ganzen Stämmen, welche zum Stammrechte des alten populus nicht zugelassen werden konnten, — auf einmal Wohnsitze, an Stelle der ihnen abgenommenen und vom röm. populus occupierten Ländereien in den Vorstädten Roms gewährt worden sein. Möglich wäre es aber auch, dass sich die Sage bewährte, wonach Rom eine Zeit lang Asyle gestattete, und dass sich so die, in Rom zuströmenden Einzelnen da erst nach und nach zu einer neuen, besonderen Völkergliederung mit, von dem alten populus geschiedenem öffentlichen und Privatrechte christallisierten. — Wieviele solche Gliederungen in Rom existierten und wie deren Namen hiessen? Wir müssen es unterlassen, hier das Gebiet der politischen Geschichte, und zumal das der Sage und Prähistorie zu beschreiten und etwa dem Einflusse der Urstämme Italiens, der Japyger, Etrusker und Italer auf die ersten Völker- und Rechtszusammensetzungen Roms, oder den Rechtsverhältnissen der ramnischen Ureinwohner zu den sabinischen Quiriten, oder der angeblichen Tribusbildung aus Ramnes Tities und Luceres näher nachzuspüren. — — Dass aber mindestens eine derartige, von dem alten populus rechtlich geschiedene Volksansammlung innerhalb der Mauern Roms, als ein politisch wie privatrechtlich abgeschlossenes Ganzes mit gesondertem Stammesrechte, geschichtlich nachweisbar existierte, das ist nicht bloss seit Niebuhr geschichtlich anerkannte Thatsache, sondern es sind auch noch jetzt Spuren ihres besonderen, von dem Stammesrechte des populus geschiedenen, jus proprium verfolgbar: es ist dies die römische plebs [12] — nach Mommsen: die „Menge“

---

11) Über die Ansiedelungen im alten Rom vgl. Mommsen, röm. Gesch. I S. 411. Rudorff, röm. Rechtsgesch. I §. 11; bezüglich der plebs: Puchta, Curs. I §. 43.

12) Vgl. Gajus I §. 3 (§. 4 J. 1, 2); über deren, nach den XII Tafeln noch gesondertes Eherecht vgl. §. 1 N. 5, über sonstiges Plebejerrecht etwa §. 9, 10, etc.

(von pleo oder plenus). — Wie deren, von dem quiritischen geschiedenes Stammesrecht erst allmählig, nach gewaltigen Kämpfen und Erschütterungen des röm. Staates, unterstützt durch Religion wie Gesetzgebung, von den leges „sacratae“ des Diktators M. Valerius nach der I. Secession a. u. 260 beginnend bis zu den XII Tafeln und der folgenden Gesetzgebung [13]), sich mit dem Rechte des alten populus der Patricier ausglich, ist ja zur Genüge bekannt.

Mit dieser Volkesmenge aber der röm. plebes schliesst mit einem Male die Aufnahme oder Entstehung fremder Volksabstammungen als geschlossenes Ganzes in den Mauern der Stadt ab, und mit ihr die Entstehung neuer Stammesrechte in Rom selbst, so sehr doch die einzelnen Bürgeraufnahmen noch bis zur Schlacht bei Triphanium a. u. 414 erleichtert blieben. Woher dies? Konnte nicht auch jetzt noch dem, nunmehr aus Patriciern und Plebejern zusammengefügten, privilegierten, einheitlichen populus gegenüber wieder eine neue unprivilegierte Volksansammlung entstehen? Die röm. Geschichte schweigt von einer solchen Wiederholung. Ohne Zweifel erklärt sich der Grund hiefür unschwer. Eine derartige Volksgliederung mit verschiedenem politischen und Privatrechte bedeutete immerhin einen Staat im Staate. Ein derartiges Zusammenleben innerhalb der Mauern Roms konnte namentlich alsdann auf die Dauer nicht angehen, wenn die politisch benachteiligte Volksansammlung dem Staate unentbehrliche Kriegsdienste leistete und sich so im Besitze einer stets zu organisierenden Macht befand, wenn zugleich die Zahl der Privilegierten eine in sich mehr abgeschlossene verblieb, während die Zahl der Unprivilegierten durch fortwährend neue Zuzüge sich stets vermehrte und so die Überzahl gewinnen musste. Eine derartig minderberechtigte Mehrzahl, welche in der Lage ist, ihre Macht zu entfalten, musste entweder den alten Staat auflösen oder denselben — friedlich oder gewaltsam — neugestalten. Das letztere war bei der röm. plebs der Fall. Und dafür eben, dass eine dieser Möglichkeiten nicht sich wiederhole, scheint der röm. Staat aus der bisher gewonnenen Erfahrung eine bleibende Lehre gezogen zu haben. — Mit Argwohn wachten jetzt die, seit der magna charta der XII Tafeln geeinigten Patricier und Plebejer gemeinsam für die Wahrung ihrer Prärogative, namentlich darüber,

---

13) Rudorff, röm. Rechtsgesch. I §. 9. Puchta, Curs. I §. 56.

dass sich nicht unter religiösem Schutze, welcher in Rom bisher die Ansiedelung und Sondergliederung der Fremden mit einem gesonderten öffentlichen und Privatrechte stets ermöglicht hatte (§. 13), fernerhin eine neue ähnliche Völkeransammlung organisiere. Was noch Gajus II, 5 über seine Zeit berichtet, dass sacra nur autoritate „populi“ Romani: durch lex oder Senatusconsult entstehen dürfen: mit dieser Vorsorge scheint Rom schon sehr bald begonnen zu haben [14]). Wenn auch diese Massnahmen nicht mehr die, religiös und politisch bereits organisierte plebs zurückdrängen konnten, so werden sich dieselben doch durch eine Furcht vor Wiederholung ähnlicher Rassenkämpfe erklären, durch eine Furcht Roms vor der antiken Ausnützung der Religion zu politischen Zwecken, welche wohl noch bis zu den spätesten Christenverfolgungen herab nachwirkte.

Nur die Republik des antiken Rom aber, in welcher der neugewonnene Bürger das Stimmrecht und die Heereskraft des

---

14) Livius I, 20 schreibt bereits dem Numa Pompilius eine derartige Massnahme zu; schon dieser soll die sacra der Fremden (sacra privata, vgl. §. 9 mit 13) der Aufsicht der röm. pontifices unterstellt haben: ne quid divini juris, negligendo patrios (patricios) ritus peregrinosque adsciscendo, turbaretur. In gleicher Weise schien die Aufhebung der privilegia im älteren Wortsinne durch die XII Tafeln: das „privilegia ne irroganto“, dessen Cicero mehrfach gedenkt (Cic. de leg. III 19 u. pro Sextio 30, 65; über privilegia unten §. 9 Note 9, Puchta Curs. I §. 56 zu N. d) eine weitere Organisierung neuer Volksansammlungen mit verhüten zu sollen. Ähnlich finden sich a. u. 325 leges de peregrina religione rejicienda, und sehen wir um 541 den Senat gegen die Zunahme fremder Religionsübung einschreiten, indem er den praetor Urbis M. Atilius beauftragte, ein Edikt zu erlassen: ne quis in publico sacrove loco novo aut externo ritu sacrificaret. Livius 25, 1 berichtet hierüber: tanta religio, et ea magna ex parte externa, civitatem incessit, ut aut homines aut Dii repente alii viderentur facti — mulierum turba erat nec sacrificantium nec precantium patrio more — quorum numerum auxit rustica plebs; vgl. Puchta C. I §. 81 Note d. — Im Jahre 628 der Stadt vollends erging, freilich unter den Wirkungen der Grachischen Unruhen, die lex Junia de peregrinis Urbe prohibendis überhaupt, (Rudorff, röm. RG. I §. 11 Note 9. Mommsen, röm. G. II S. 104) und wohl aus einem ähnlichen Motive sehen wir noch Cicero in seiner „mixtura veterum legum“ gegen die Zulassung fremder Religionen plädieren: separatim nemo habessit Deos, neve novos sive advenas, nisi publice adscitos, privatim colunto; Cic. de leg. II, 8; vgl. II, 18: agri autem ne consecrentur, Platoni prorsus assentior; vgl. unten §. 13.

bisherigen beeinträchtigte, hatte doch mit Grund die Beiziehung neuer souveräner Bürger zu überwachen; nicht so der Absolutismus der späteren Kaiser. Diese konnten ohne nennenswerte Interessencollision die Civität mehr und mehr auf das gesamte Reich ausdehnen, und so mit Leichtigkeit schliesslich jene Völker- und Rassenausgleichung herbeiführen, gegen welche sich dereinst die Republik lange und in schweren Kämpfen gesträubt. Im Gegenteile gaben jetzt fiscalische Interessen der späteren Kaiserzeit hiezu alsbald einen wirksamen Impuls. Mit ihr aber erst konnten schliesslich auch die partikularen „Stammesrechte" in und ausserhalb der Stadt Rom von der Bildfläche verschwinden: und mit diesen Rechten überhaupt auch das mehrfache Eigentum.

Unfähigkeit der Stammesgenossen zur Anteilnahme an den Stammesrechten und an dem Eigentume der anderen Abstammungen in Rom.

§. 7.

Dass das Stammrecht des populus Romanus ursprünglich auf Fremde in und ausserhalb Roms unanwendbar war, dass so verschiedene Systeme des Rechts im allgemeinen, speciell verschiedenes Eigentum etc., in Rom entstehen musste, bedarf — angesichts des Bestehens eines Prinzipes der „persönlichen" Rechte — kaum einer ernstlichen Begründung; es war dies Recht, wie das spätere jus civile, eben das „jus proprium" dieses populus [1]). Einen nochmaligen Beweis hiefür böten schon die langen Kämpfe, welche selbst die röm. plebs dem populus gegenüber zu bestehen hatte, bis sie allmälig der einzelnen Befugnisse dieses Rechts: des commercium, später a. u. 309 des connubium und endlich des Rechtes der Ämter etc. teilhaftig wurde; weit mehr und weit länger musste demzufolge das gleiche Stammesrecht, welches die bevorzugte röm. plebs gewaltsam errang, auch den übrigen Fremden verschlossen geblieben sein; das Fortbestehen der Begriffe commercium, connubium, testamentifactio gegenüber diesen

1) oben §. 5. Jus proprium: id est civile l. 6 pr., l. 7 pr., l. 9 D. J. et J. 1, 1. — Gegen diese Consequenz des Prinzipes der persönl. Rechte dürfte u. a. noch mehrfach verstossen z. B. Savigny, Syst. I §. 22 S. 111, 115 mit Note u, Bd. II §. 66 S. 40—41; denn, dass erst die Constitutionen der Kaiser hier eine Änderung bewirkten, ergibt z. B. die von Savigny allegierte §. 12 in f. J. de nupt. 1, 10 mit pr. J. h. l. selbst; vgl. Gajus I §. 3, 67—71, Ulp. fragm. VII §. 4, V §. 8, 3 etc.

Peregrinen auch nach der Absorbierung der röm. plebs durch den populus, sowie die zahllosen einzelnen praktischen Anwendungen [2]), welche die Rechtsverschiedenheiten in Rom, fast auf jedem Blatte der spärlichen, reinerhaltenen Schriften der späteren vorjustinianischen Jurisprudenz noch ersehen lassen, setzen dies ausser Zweifel. — Ebenso war selbstverständlich auch umgekehrt das Stammrecht der Peregrinen den sonstigen Abstammungen, und darunter auch dem römischen populus selbst, verschlossen [3]).

Hier sollen nur noch einzelne allgemeine Regeln hervorgehoben werden, deren ursprünglicher (nicht der spätere) Sinn das gegenseitige direkte Nichtmassgeben der verschiedenen vorjustinianischen Rechtssysteme ersehen lässt. Papinians Regel z. B.: „jus publicum privatorum pactis mutari non potest" [4]), welche zweifellos für die spätere Zeit die Einflusslosigkeit des Privatrechts auf das „öffentliche" documentieren sollte, besagt in ihrer ursprünglichen Bedeutung, wie wir unter §. 10, 1 näher ersehen werden, nichts, als: das Recht des populus kann durch die blossen Verträge der Peregrinen und Nichtcives überhaupt nicht alteriert werden, oder auch: der Patricier war durch Verträge nach Plebejer- und sonstigem Peregrinenrechte nicht gebunden. Der Satz des Provinzialjuristen Gajus [5]) umgekehrt: „civilis ratio civilia qui-

---

2) Beispiele: Besonders bezeichnend Gajus I §. 128, 131. Die civile mancipatio ferner wie das civile dominium ex j. Quirit. ist nur den cives und den Peregrinen, welchen das commercium verliehen ist, zugänglich; Gajus I §. 119, Ulp. fragm. XIX §. 3 u. 4; ebenso das civile connubium, Ulp. fr. V § 3, Gaius I §. 67. Das civile legatum und testamentum war den Peregrinen unzugänglich: Gajus I §. 25, II §. 218 cui nullo modo legari possit, velut peregrino, cum quo testamentifactio non sit. § 1 N. 16. Selbst dem jus gentium konnten die Rechtsmittel des jus civile (ipso jure) nicht zu Hülfe kommen; deshalb die Frage, ob, was zur Ermöglichung eines incestus juris gentium gegeben wurde, mit einer civilen condictio als sine causa gegeben zurückgefordert werde, in: l. 5 § 1 D. de cond. s. causa 12, 7: cessare condictio prima facie videtur, quoniam jure gentium incestum committitur.

3) U. a. auch Varro L. L. s. v. hostes scheint dies durch die Worte zu bestätigen: nam tunc eo verbo dicebant peregrinum, qui suis legibus uteretur.

4) l. 38 D. de pactis 2, 14; darüber des Näheren unten §. 9 u. 10 Z. 1.

5) Gajus I §. 158; hiebei ist hervorzuheben, dass Gajus das naturale jus mit dem jus gentium identificiert, unten §. 14.

dem jura corrumpere potest, naturalia vero non potest", sowie die Vorschrift Julians [6]), welche dem jus, quo urbs Roma utitur, nur eine subsidiäre Anwendung nach der lex, mos, consuetudo und Consequenz zuschreibt, bestätigt ebenso zweifellos die nicht direkte, sondern bloss analoge und subsidiäre Anwendbarkeit des jus civile auf das jus gentium wie auf das Particularrecht ausserhalb der Stadt Rom in der Provinz. Endlich bezieht sich der Grundsatz des prätorischen Ediktes: „quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur" [7]), wohl auf das Massgeben doppelter, elektiver Rechte in Rom im Sinne des §. 1. — Über das Massgeben der lex im alten Rom für nur eines der dortigen verschiedenen Rechtssysteme im folgenden §. besonders. —

Nichtgeltung der lex des populus insbesondere für die übrigen Volksabstammungen des röm. Reiches, (doppelte Gesetzgebung Roms). Lex imperfecta. Sanctio.

§. 8.

Justinians Pandekten bezeichnen in einem, dem Papinian in den Mund gelegten Fragmente [1]) die lex bereits als ein „commune" praeceptum. Zweifellos hat dies zur Zeit Justinians den

---

6) l. 32 pr. D. de leg. 1, 3 vgl. Gajus l. 3 D. de exc. 44, 1 (§. 8 Note 9).

7) Überschrift des tit. D. 2, 2. Beispiele: Der Patricier, welcher mit einem Peregrinen einen Vertrag nach jus gent. schloss, kann sich nicht darauf berufen, dass er nach dem jus des populus nicht gebunden sei. Damit hängt vielleicht die Notwendigkeit zusammen, dass der Erbe die bonorum possessio vor deren Erteilung durch den praetor besonders anerkennen musste; d. i. der Quirite, welcher eine nicht civile Erbschaft übernahm, musste damit auch die nicht civilen Pflichten übernehmen etc.

1) l. 1 D. de legib. 1, 3; die weitere l. 2 eod. enthält gleiche Definitionen des Demosthenes und Chrysippus, nicht von röm. Juristen. Erstere Stelle scheint zweifellos interpoliert zu sein; einmal weil derselbe Papinian in l. 7 pr. D. 1, 1 mit der übrigen vorjustinianischen Jurisprudenz (Note 3) die lex noch zum jus „civile" rechnet; dass die lex ein commune praeceptum, d. i. etwa sowohl für das jus civile als für das jus gent. wirksam sei, konnte somit nur von einer späteren Zeit berichtet werden. Zweitens aber, weil die Stelle auch von einer communis reipublicae „sponsio" spricht, während die sponsio nach Gajus III §. 93, 119, 179 i. f. umgekehrt ein proprium jus civium Romanorum ist. Vgl. §. 1 Note 22.

Sinn, dass die lex ein, im Reiche gemeinsam bindendes Recht sein solle, — wenn auch die technische Bedeutnng des jus commune diese Folgerung für die vorjustinianischen Rechtsverschiedenheiten noch nicht zuliesse (oben § 5). — Auf diese Weise nun mochte allerdings Justinian die Wirksamkeit einer lex für seine Zeit richtig zeichnen, in welcher die früheren Stammesrechte mit dem gemeinen jus gentium geeinigt erscheinen. Anders zweifellos in vorjustinianischer Zeit. Zufolge des damals massgebenden Principes der persönlichen Rechte schon konnte die lex, welche sich der populus Romanus gab, nur diesen, nicht die übrigen gentes binden. Dasselbe folgt überdies auch wohl schon aus der bekannten Thatsache, dass die ganze ursprüngliche Verfassung des röm. Reiches im Grunde nur eine Städteverfassung und der heutige Begriff des modernen Staates gewissermassen noch nicht vorhanden, wenn man will, noch nicht „entdeckt“ war; auch dies musste bewirken, dass die Satzung, welche sich die Stadt Rom gab, nur deren Bürger, nicht fremde civitates verpflichtete.

Das ursprüngliche, persönlich begrenzte Anwendungsgebiet der lex ist uns daher allein richtig durch Gajus [2]) überliefert; nach ihm war die lex technisch ursprünglich einzig die Gesetzgebung für den Stamm der Patricier: lex est, quod populus jubet atque constituit, plebiscitum, quod plebs jubet. Plebs autem a populo — distat. Wie Gajus ebenda weiter bestätigt, banden erst später in Folge der lex Hortensia (a. u. 467) die plebiscita auch den alten populus der Patricier. Wenn also die röm. lex anfänglich noch nicht einmal die, in Rom selbst eingesessene plebs band, so folgt, dass sie noch weit weniger die Peregrinen der Provinz binden konnte. Durch diese, sich entgegenstehenden Berichte von Gajus und Justinian sind somit die zwei Anfangs- und Endpunkte zweifellos gestellt: die römische lex band ursprünglich nur die Patricier, später unter Justinian alle Einwohner des Reichs; es handelt sich daher für uns jetzt noch darum, den Übergang von dem einen Extreme zum anderen zu finden.

Eine erste Übergangsstufe bildete das schon berührte, nun den alten populus und die plebs gemeinsam bindende jus civile.

---

2) Gajus I §. 3; §. 4 J. 1, 2. Plinius, hist. nat. 16, 10. Gellius n. A. 15, 27. Rudorff, röm. Rechtsgeschichte I S. 26 u. S. 15 Note 2.

Es war aber dies noch kein gemeines[2a]), sondern nur wieder ein, wenn auch ein neues, „Stammesrecht“, welches nur unter Beseitigung der Einzelstammesrechte der patres und plebes für beide ausschliesslich, nicht subsidiär oder elektiv gleich einem gemeinen Rechte, galt, und anderseits nun wieder die, zuvor der plebs näher gestandenen übrigen Fremden von seinem Anwendungsgebiete ausschloss. Auch jetzt[3]), und zwar nicht bloss nach Berichten des Pomponius und Gajus, sondern auch noch in einem der erwähnten Fragmente des späteren Papinian († 212 n. Chr.), wurden ebendeshalb die leges noch immer als Bestandteile des Stammrechtes wenigstens des populus erachtet, und daher entweder zum jus des populus, oder einschliesslich der XII Tafeln und neben den plebiscita, senatusconsulta, auctoritas prudentum, decreta principum, zum jus civile gerechnet. Ebendeshalb konnte die lex an sich — als jus civile — auch jetzt noch nicht der Provinz wie den Peregrinen überhaupt massgeben; sie konnte höchstens, wie Papinian in dem anderen der von ihm erwähnten Fragmente besagt, ein jus commune in dem damaligen Sinne des §. 5, d. i. auch für andere civitates und Rechte speciell erlassen worden sein. — Dieses ursprüngliche Nichtmassgeben der civilis lex für andere Abstammungen beweisen nun auch noch zahlreiche einzelne Anwendungsfälle. —

In der Stadt Rom selbst war beispielsweise nach Gajus[4]) eine actio aus irgend einer „lex“, z. B. eine actio furti, actio „legis“ Aquiliae, nicht an sich schon für und gegen Peregrinen gestattet, sondern der praetor musste zu diesem Behufe erst die „Fiktion“ zu Hülfe nehmen, der Peregrine sei civis. Das Peregrinengericht der Recuperatoren, vor welchem „interveniente peregrini persona“ aus einer lex, z. B. der l. Aquilia vel Ovinia vel Furia in Rom selbst geklagt werden konnte[5]), war deshalb nicht mehr ein legitimum judicium, sondern ein judicium imperio continens; und damit war auch das vor ihm eingeklagte Recht nicht ein, durch die lex selbst wirksames, sondern nur ein, vom praetor gewährtes.

2a) Auch in dieser Auffassung des röm. jus civile dürfte wohl noch die neueste Jurisprudenz häufig irren; selbst Bruns, Encycl. v. Ersch u. Gruber Bd. 57 S. 213 etc.

3) Papinian l. 7 pr. D. 1, 1 mit Note 1 oben; Gajus I §. 2—7; Pomponius l. 2 §. 12 D. 1, 2: in „civitate nostra“ — lege constituitur.

4) Gajus IV 37.

5) Gajus IV §. 109.

Nur dann war das judicium nach Gajus [6]) ein direkt auf einer lex basierendes oder ein „judicium legitimum", wenn es aus einer „civilis" causa sub uno judice inter „cives" Romanos in der Stadt Rom selbst, nämlich intra primum urbis Romae miliarium, stattfand. Ähnlich liesse sich auch nachweisen, dass ursprünglich, wie die lex, so auch die senatusconsulta in der Stadt Rom nicht für Fremde galten; dies ergibt sich u. a. daraus, dass um das Jahr der Stadt 541 der Senat, als derselbe Massregeln gegen das Eindringen fremder Religionen ergreifen wollte, erst den praetor Urbis M. Attilius beauftragen musste, ein Edikt de religione peregrina ex Urbe pellenda zu erlassen [7]). Anders später.

Ebensowenig war selbstverständlich die lex ursprünglich ausserhalb Roms, in der Provinz, an sich verbindlich. Die älteren röm. Wuchergesetze z. B. galten nur für Rom und die Bundesgenossen, nicht für die Provinz [8]). Gajus berichtet ferner in seinem Commentare zum Provinzialedikt [9]), dass die (älteren) leges und senatusconsulta in der Provinz nur ope exceptionis im röm. Sinne, somit nicht einmal ipso jure (civili), wie in Rom, sondern einzig tuitione praetoris, einen Klaganspruch zerstörten; ferner, wie schon berührt, in seinen Institutionen [10]), dass, wenn in der „Provinz" aus einer lex (Aequilia, Ovinia, Furia) geklagt wurde, dies judicium gleichfalls nicht ein legitimum, sondern ein vom magistratus gewährtes, imperio continens war.

Zur Zeit des Gajus selbst indessen machen sich anderseits

---

6) Gajus IV §. 104 und 109. — In letzterer Stelle unterscheidet Gajus zwischen dem judicium ex lege, in welchem von dem magistratus in der formula nur dasselbe Recht zu Grunde gelegt wird, welches die lex einführt, und dem unmittelbar durch die lex geschaffenen legitimum judicium; (vgl. §. 18 Note 14). —

7) Livius 25, 1, oben §. 6 Note 14, und §. 5 N. 30 a. — Selbst noch das S. c. Macedonianum (um 47 n. Chr.) liess nach Paulus l. 10 D. de sc. Mac. 14, 6 eine obligatio naturalis übrig, war also nach der Begriffsbestimmung des Paulus (§. 14) für das jus gentium unwirksam.

8) Rudorff, röm. RG. I §. 19 S. 49 Anm. 1 §. 50 Note 1. Vgl. im allg. Cicero pro Balbo 8.

9) Gajus lib. I ad edict. provinc. l. 3 D. de exc. 44, 1 perpetuae atque peremtoriae (exceptiones) sunt — et, si quid contra leges senatusve consultum factum; dass dies nur für die Provinz der Fall sein konnte, beweist schon die Entnahme der Stelle aus dem Commentare zum Provinzialedikte.

10) Gajus IV §. 109.

längst auch schon Änderungen und Schwankungen in der Wirksamkeit der lex bemerklich. Die Anwendbarkeit schon der lex Julia de fundo dotali (des Jul. Cäsar) in der Provinz beispielweise war controvers [11]). Während ferner soeben bemerkt wurde, dass noch um 541 ein senatusconsultum die Peregrinen nicht einmal in Rom selbst band, sondern dass der Senat erst einen praetor zum Einschreiten gegen diese veranlassen müsste, erhielt in der Kaiserzeit umgekehrt die, in den Senat aus allen Teilen des röm. Reiches vereinigte Pairie als eine Art Parlament die Rechte des alten populus bezüglich der Gesetzgebung [12]) für das ganze röm. Reich einschlüssig der Provinz; deren Erlassen legen die Juristen nunmehr legis vicem [13]) bei, und wir sehen daher nun umgekehrt den Senat das, inter gentes geltende, jus gentium regeln [14]). Bezüglich des Geltungsgebietes der lex im Allgemeinen aber berichten Gajus sowie Justinians Institutionen nunmehr bald von einer Zeitperiode, in welcher Italien [15]) als das räumliche Anwendungsgebiet mehrfacher leges auftritt, bald ergeben weitere Stellen aus Gajus [16]), dass andere leges auch schon für Peregrinen ausserhalb Italiens wirksam waren.

Dadurch nun aber, dass die lex des populus ursprünglich nicht einmal die, in Rom selbst angesessene plebs, geschweige die übrigen Peregrinen zu binden vermochte, musste in den ersten

---

11) Gajus II §. 63.

12) Rudorff, röm. RG. I §. 45 Note 7—9 S. 107—108 z. B. Gajus I §. 83—86.

13) Gajus I §. 4 bezeichnet es noch als controvers: quamvis fuerit quaesitum, Ulpian l. 9 D. 1, 3 bereits als zweifellos (non ambigitur).

14) Gajus z. B. berichtet mehrfach, dass der Senat eine einzelne Vorschrift einer lex auf die Peregrinen ausdehnte, den Peregrinen Rechte entzog u. s. w.; so Gajus I §. 47, 67—69, 77, 80, 81, 92, II 285, III 63, 73. Paulus l. 6 D. de pactis, 2, 14 mit l. 7 §. 4 eod. bemerkt, dass selbst die pacta der Peregrinen durch Senatusconsult zu einer gesetzlich klagbaren, legitima conventio wurden.

15) pr. J. quibus alienare 2, 8; cum lex (Julia) in soli tantummodo rebus locum habeat, quae Italicae fuerant — remedium imposuimus, ut etiam in eas res, quae in provinciali solo positae sunt, interdicta sit alienatio. Gajus III §. 121 in f. cum lex Furia tantum in Italia locum habeat, §. 122 lex quidem Furia tantum in Italia valet. —

16) Z. B. eine epistola divi Hadriani (Gaj. III, 121), eine lex Apuleia (III, §. 122), eine lex Cornelia (III, §. 124) hatten in der Provinz Geltung.

Jahrhunderten der Stadt die Wirksamkeit der röm. profanen Gesetzgebung eine höchst precäre gewesen sein, und ohne Zweifel musste dieser Umstand bei dem Nebeneinanderbestehen verschiedener Volksabstammungen mit verschiedenen Rechten notwendig sehr bald ernste Missstände im Gefolge haben. Ein Rechtsgeschäft z. B., welches dem civis jure civili verboten war, — z. B. den verbotenen Erwerb einer possessio, die Veräusserung eines fundus dotalis [17]) etc., — konnte ein Fremder in Rom ungehindert abschliessen, ja bei dem späteren Klagbarwerden der Contrakte des jus gentium seit der lex Aebulia im 6. Jahrhunderte der Stadt konnte selbst auch der civis die, jure civili ungültige Handlung möglicherweise jure gentium dennoch wirksam vornehmen. Dagegen nun musste in Rom frühzeitig nach einem Mittel zur Abhilfe gesucht worden sein; und dies wurde wohl zweifellos angestrebt mit der sanctio der lex imperfecta, d. i. mittels einer Sanktion der ohne sie — Fremden und Erwerbe nach Fremdenverkehrsrechte gegenüber — unwirksamen [18]) lex.

Die, im Jahre der Stadt 550 erlassene lex Cincia beispielweise ist eine lex imperfecta. Notizen aus späterer römischer Zeit wie die heutige Rechtsgeschichte erklären dies wohl ungenügend dadurch, dass ihr die sanctio, eine „Strafbestimmung im Übertretungsfalle", fehle [19]). — Dies allein konnte offenbar nicht

---

17) l. 26 pr. D. de donat. 24, 1: licet illa (uxor) jure civili possidere non intelligatur. Obgleich hienach jure civili eine possessio nicht vorhanden, ist dennoch eine possessio der Frau (sc. jure gent.) gegeben und steht ihr ein Interdikt zu: l. 1 §. 2 D. pro donato 41, 6: possidere autem uxorem rem a viro donatam, Julianus putat mit l. 1 §. 10 D. de vi 43, 16. — Bezüglich des Verbotes der Veräusserung des fundus dotalis bestätigt Justinian ausdrücklich die frühere Nichtanwendbarkeit des Verbotes, wenn ein fundus in der Provinz lag: pr. J. quibus alienare 2, 8. —

18) Deshalb beschreibt Gajus II §. 225 die imperfecta lex Furia so: haec lex non perfecit, quod voluit, und unterscheiden noch Ulp. fragm. I §. 1 u. 2 zwischen einer vollständig imperfecta lex, der lex Cincia, nach welcher die Schenkung nur jure civili unwirksam gewesen sein wird, und der lex minus quam perfecta, auf deren Verletzung wenigstens Strafe gesetzt ist.

19) l. 41 D. de poenis 48, 19: sanctio legum, quae „novissime" certam pecuniam irrogat iis, qui praeceptis „legis" non obtemperaverint (Ulp.); cf. l. 9 §. 3 D. de divis. rer. 1, 8 leges sanctae sunt, sanctione enim quadam sunt subnixae — et interdum sanctionibus adjicitur, ut, qui aliquid commisit, capite puniatur; §. 10 in f. J. eod. 2, 1. Bezüglich der

der wahre, innere Grund der Imperfektion dieser lex gewesen sein, und es scheint so fast in der That die ursprünglich geschichtliche Bedeutung der sanctio schon zur Zeit Justinians in Vergessenheit gekommen zu sein; denn die lex Cincia war unzweifelhaft eine lex des jus civile [20]), Schenkungen gegen ihr Verbot wären somit innerhalb des Gebietes des jus civile schon ipso jure (civili) nichtig gewesen; wozu also noch zu ihrer „Perfektion“ eine besondere Strafbestimmung? Der Grund ihrer Imperfektion konnte ebendeshalb nur in der mangelhaften Wirksamkeit der civilen lex selbst liegen, darin, dass die lex nur cives und den Erwerb nach jus civile traf, dass somit cives unter sich zwar nicht jure civili schenken durften, dass aber alle Nichtcives in Rom sowie die cives selbst, wenn sie nicht gerade ihr civiles patrimonium jure civili, sondern dieses oder die übrigen bona nach jus gentium verschenkten, ungeniert verschenken konnten. Wahrscheinlich ist der Erfolg der lex Cincia erst später, durch das Auftauchen der lex Aebutia und das plötzliche Klagbarwerden der Contrakte des jus gentium im prätorischen Edikte, so recht beeinträchtigt worden, sonst hätte die Erlassung eines so wenig wirksamen Gesetzes der Gesetzgebungskunst des M. Cincius Alimentus wenig Ehre gemacht. Dass diese sanctio, welche die Wirksamkeit einer lex des fremden Stammes selbst auf andere Stämme ausdehnte, zugleich in ihrer ursprünglichen Gestalt auch eine religiöse Einrichtung gewesen sein musste, beweist schon die Bezeichnung solcher leges als leges sanctae und dieser wieder als res des jus divinum [21]).

Auslegung der neueren Rechtsgeschichte vgl. Rudorff, röm. RG. I S. 18 und 54 Note 5. Danz, der sacrale Schutz im röm. Rechtsverkehr, Jena, 1857 S 139 N. 15.

20) arg. §. 4 J. de donat. 2, 7: erat olim et alius modus civilis mit der Einteilung in § 6 in f. J. de usu 2, 5: modo videamus, quibus modis legitimo et civili jure adquiruntur, unter welche der tit. J. de donat. 2, 7 überhaupt fällt. Dass die lex Cincia eine civilis lex war, hindert nicht, dass die donatio ein jus commune im Sinne des §. 5 war.

21) Leges sanctae sanctione subnixae l. 9 §. 3 D. 1, 8 mit §. 10 J. 2, 1: sanctae quoque res quodammodo divini juris sunt. Ideo et legum — sanctiones vocamus; l. 8 pr. u. §. 1 D. 1, 8 Sanctum, quod ab injuria „hominum“ defensum atque munitum est — dictum a sagminibus etc. Über die Vermittlung des Rechtsverkehres zwischen cives und Fremden durch das jus divinum im allg. vgl. unten §. 13.

B.

Die wichtigsten Systeme des vorjustinianischen Rechtes und deren Einfluss auf das mehrfache römische Eigentum.

I. Stammesrechte.

1. Jus publicum (populicum) und privatum als Stammrechte der Patricier und Plebejer wie der Fremden überhaupt: Possessio publica und privata.

§. 9.

Schon oben §. 6 wurde erwähnt, wie für die spätere Rechtsbildung Roms von „Stammrechten“ nur die, des jeweilig herrschenden populus selbst von erheblicherem Einflusse waren, nicht die der übrigen Volksabstammungen, und dass wir daher hier nur diese ersteren näher verfolgen können. — Die ältesten nun, aus den Fragmenten der Justinianischen Compilation wie den jetzt noch gebotenen Mitteln geschichtlich nachweisbaren [1]) Spuren eines „Stammrechtes“ der jeweiligen röm. Vollbürger sind: das wohl unzweifelhafte Stammesrecht der „Patricier“, welches die Überlieferungen mit jus publicum bezeichnen; ihm stehen die übrigen Stammesrechte unter dem Collektivbegriffe des jus privatum gegenüber. Zweifellos zwar ist, dass die Worte jus publicum und privatum unter „Justinian“ bereits die Bezeichnung für das öffentliche und Privatrecht in unserem heutigen Sinne geworden waren;

---

1) Die glaubwürdige Anschauung von Bernhöft, Staat und Recht der röm. Königszeit 1882, wonach die Patricier nicht die ältesten Vollbürger Roms waren, wurde bereits oben erwähnt §. 6 Note 9. Doch dürften solch' ältere Stammrechte kaum mehr geschichtlich darstellbar sein. Noch Festus rechnet z. B. zu den (peregrinen) sacra privata diejenigen, welche pro gentibus fiunt (Note 9); dies liesse etwa gleichfalls auf eine Zeit schliessen, in welcher möglicherweise noch selbst die patricischen gentes zu privati oder Fremden gerechnet wurden u. s. w.

die Annahme aber, als ob dies von jeher der Fall, wäre ein tiefer geschichtlicher Irrtum.

Das jus publicum oder populicum vielmehr ist in seiner ursprünglichen Bedeutung nichts anderes, als das Recht des jeweiligen „populus“. Hiemit im Zusammenhange ergibt sich für uns ein doppeltes: — Einmal wissen wir hieraus, dass dies Recht des röm. populus oder das jus publicum, z. B. am ager publicus, — solange die plebs durch Verleihung des commercium und connubium noch nicht die Civität oder die Aufnahme in diesen populus erlangt hatte, und solange demzufolge Recht wie Gesetzgebung: die lex dieses populus, von dem Rechte sowie dem plebis-citum der plebs noch getrennt war[2]) — nur das Recht der Patricier allein, im Gegensatze zum Rechte der plebs, bezeichnen musste; dass somit jus publicum zuerst das Stammrecht der Patricier allein, erst später auch das Stammrecht der, als cives mit den Patriciern zu einem neuen populus geeinigten plebes bezeichnet haben konnte. — Zweitens folgt aber aus eben diesem Umstande, dass das jus publicum ursprünglich nicht ausschliesslich öffentliches, sondern das Stammrecht des „populus“ der röm. Vollbürger überhaupt bezeichnete, weiter, dass es: sowohl das öffentliche als das Privatrecht dieses populus bezeichnet haben musste[3]).

---

2) Lex est, quod populus jubet atque constituit, plebiscitum est, quod plebs jubet atque constituit; plebs autem a populo eo distat etc. Gaius I §. 3. — (Savigny, Syst. I §. 16 S. 59 f., Puchta, Curs. I §. 43. — Übergangsbedeutungen des jus publicum bei Rudorff, röm. Rechtsgesch. I §. 3 mit Note 1, welche übrigens auf einer interpolierten Stelle fussen; unten Note 7). Ähnliche Auffassung im Mittelalter: Sav., Gesch. I §. 126 (cf. 105).

3) Darin ist ja überhaupt die Sprache eines jeden Volkes von seiner Kindheit an, namentlich aber die des römischen bis auf Cicero und die classische Jurisprudenz herab, mehr oder weniger eine bildliche und bilderreiche. Wie dies Recht beispielsweise die alltäglichsten „Rechtsbegriffe“ tropisch nach den Gegenständen des Rechts: als ager, homo, possessio, pignus, mutuum, depositum u. s. w. kennzeichnet, so bezeichnet es hier mittels Synekdoche überdies das Recht der einzelnen Glieder seines populus als das Recht des ganzen populus schlechthin. Z. B. Cicero de lege agraria 2, 17, 44 sagt: populi Romani hereditatem X viri judicent, cum vos volueritis de privatis hereditatibus C viros judicare: das röm. Volk ist offenbar nie selbst ein „Erblasser“, die hereditas populi oder publica kann ebendeshalb niemals die Erbschaft eines „erblassenden Volkes

Ganz ebenso war umgekehrt der älteste Gegensatz dieses jus publicum oder Patricierrechtes: das jus privatum, ursprünglich nicht ein ausschliessliches „Privatrecht“ im heutigen Sinne des Wortes. Man denke an die privata sacra sowie an den Umstand, dass zur Zeit eines Ulpian noch die peregrinen civitates „privatorum“ loco habentur [3a]).! Schon dessen Etymon von „privus und privare“ vielmehr zeigt auf ein, der Vorrechte des jus populi beraubtes Recht, auf Rechte von privi homines schlechthin und damit auf ein öffentliches und Privatrecht im heutigen Sinne des Wortes, welches den, im röm. Reiche lebenden, vom populus verschiedenen Volksabstammungen angehörte. Dies jus privatum musste demzufolge das, sowohl gesonderte als beschränkte, Recht, anfänglich das Recht der Plebejer und Peregrinen, später, nach Aufnahme der plebs in den röm. populus, nur mehr das der Peregrinen allein gewesen sein.

Die näheren Beweise hiefür werden sich uns sofort unten Note 9—10 und §. 10 bieten. Hier müssen wir in vorneherein folgendes erwägen. — Der hienach historisch unausbleibliche Umstand, dass das röm. Recht so nicht selten ein offenbares „Privatrecht im heutigen Sinne“ mit dem Worte publicum jus bezeichnen musste, mit demselben Ausdrucke somit, unter welchen wir uns nur ein öffentliches Recht vorstellen konnten, konnte nicht verfehlen, in der bisherigen röm. Rechtsgeschichte die seltsamsten Speculationen wach zu rufen. Anstatt dass man da nüchtern dem nackten Vorgang der „Veränderung“ des historischen Begriffes jus publicum Rechnung getragen hätte, dachte man sich abwechselnd [4])

---

der Römer“, sondern nur die Erbschaft, (das Privatrecht im heutigen Sinne des Wortes), der einzelnen e populo, Patricier, cives, bedeuten. Dieselbe Trope wohl auch zum Teil bei Cicero in Verrem II lib. II, 13, indem er die Sonderrechte Siciliens beschreibt: quod privatus a populo (einzelne und Staat der Quiriten) petit, aut populus a privato etc.; ebenso de leg. III: jus sit, cum populo agendi aut cum senatu. Vgl. §. 10 N. 4, §. 15 N. 11.

3a) l. 16, 15 D. V. S. unten Note 10 und 9.

4) Niebuhr z. B. stellte das älteste Recht Roms unter die Herrschaft des öffentlichen Rechts. Huschke, Verfassung des Servius Tullius S. 77 N. 24 dagegen bezeichnet es als einen Grundirrtum Niebuhrs, dass die Patricier keinen ager privatus gehabt hätten. Umgekehrt scheint dies wieder Puchta, Curs. I §. 39 u. 40 Note a, II §. 235 für die älteste Zeit eine Grundwahrheit. Jhering, Geist des röm. Rechtes I §. 15 huldigt wieder einer Herrschaft des Privatrechtes, Mommsen, röm. Gesch. 4. Aufl. Bd. I S. 74 ff. wieder einem Eigentume des Staates u. s. f.

das ganze älteste Rom unter der Herrschaft eines öffentlichen Rechtes sowie dessen Eigentum als ausschliessliches Staatseigentum! Abgesehen aber von dieser nüchterneren historischen Erfassung der Dinge: sollten — vor allem an beweglichen Sachen — jemals im Ernste die Glieder irgend eines Volkes ein Privateigentum haben missen können; namentlich an der, zum Lebensbedarfe des Einzelnen unerlässigen Nahrung, Kleidung, an Tauschmitteln, Geld, Gerätschaften u. s. w.? Sollte nicht wenigstens stets die Nahrung, welche wir selbst geniessen, das Kleid, das wir verbrauchen, unser Privateigentum sein müssen? Sollte je ein Staats-Communismus in dieser Ausdehnung Existenz haben können, und ist nicht vielmehr ein Privateigentum wohl so ewig unzertrennlich mit dem Individuum verbunden, dass mit ihm unsere Existenz beginnt, ohne ihn vernichtet würde, und dass daher weder Geschichte noch moderne socialistisch-communistische Theorien dasselbe je aus der Welt schaffen dürften? — Was ferner das öffentliche Eigentum an Ländereien speciell anbelangt, so wird auch dessen Annahme für Rom wohl nicht minder zumeist einer derartigen Verwechslung des Wortes publicum jus etc. mit dem heutigen Begriffe eines öffentlichen Rechtes seine Entstehung verdanken. Wohl konnte an dem ager publicus Roms sowie an dem Boden der Provinz das quiritische Eigentum dem röm. Staate zugehört haben. Aber auch dieses würde die Annahme eines „öffentlichen“ Eigentumes im heutigen Wortsinne und mehr, als ein Privateigentum des röm. Staates als aerarium oder fiscus, kaum rechtfertigen. Ein wirklich öffentliches Eigentum konnte dies nimmermehr sein; denn an einem solch' wirklich öffentlichen Eigentume des ager publicus oder Provincialbodens wäre doch schon dem Begriffe nach keinerlei Occupation und Privatnutzung der Patricier, bez. Clienten oder Provincialen möglich gewesen! Ein öffentliches Eigentum vielmehr wäre nur vorgelegen, wenn diese Grundstücke, wie öffentliche Haine und Anlagen, Brunnen, der zu Heeresübungen dienende campus Martius, Mauern und Thore etc. öffentlichen Zwecken gedient hätten und jede alleinige Privatnutzung ausgeschlossen gewesen wäre. Ebenso wäre es umgekehrt unbegreiflich, warum wir die concedierte oder widerrufliche (precäre) occupatio und possessio, die Emphyteuse, welche Patriciern bez. Clienten am ager publicus, den Provincialen am Provincialboden etc., gestattet war, als ein öffentliches und nicht vielmehr als ein reines, wenn auch zum Teil widerrufliches Privatrecht im heutigen

Wortsinne definieren sollten. — Ebensowenig wurde endlich auch sonst das älteste wie spätere Rom von einem öffentlichen Rechte beherrscht. Man verwechselte dabei häufig das Dasein eines öffentlichen „Motives", welches die Entstehung, Änderung oder Neugestaltung, eines Privatrechtes im heutigen Sinne bewirkte, mit dem Dasein eines öffentlichen Rechtes. Bei sog. absoluten Prohibitivgesetzen z. B. oder bei Polizeibestimmungen des Civilrechtes, beispielsweise bei einer lex Papia Popaea, dem Sc. Macedonianum, dem Verbote der Zinsüberschreitungen, den Wuchergesetzen etc. ist immerhin die öffentliche Lage des Staates oder doch der öffentliche Zweck das Motiv, warum die Privatrechtsbestimmung so und nicht anders sowie unabänderlich gestaltet wurde; niemals aber werden hiedurch solche Privatrechtsbestimmungen selbst dem Begriffe nach aufhören können, Privatrecht zu sein!

Richtig ist daher allein die Annahme: auch hier haben wir es nicht mit einem Stillstande, sondern mit einem Fortschreiten der Erkenntnis des, dem Menschen dämmernden, von ihm nie sofort und ganz wahrnehmbaren göttlichen Funkens des Rechtes — sowie mit einer „Bewegung der Geschichte" überhaupt — zu thun: in Rom waren einfach vor allem die, erst einem ausgebildeten Rechte geläufigen Begriffe eines öffentlichen und Privatrechtes in den ersten Jahrhunderten und länger überhaupt noch nicht klar unterschieden und überhaupt noch nicht „entdeckt"[5]). Sehen wir

---

5) Das röm. Recht erwähnt beispielsweise u. a. eine öffentliche und privatrechtliche manus; z. B. das dedere und dare in manum neben der manus regia des Pompon. l. 2 §. 1 D. 1, 2; eine publica vindicatio bei quaestiones (z. B. l. 6 D. de injur. 47, 10) neben der rei etc. vindicatio; ja der Staat selbst ist eine „res" publica, und ein repetere solcher res, gleichwie einer privatrechtlichen Sache, finden wir in der clarigatio (z. B. Livius I, 32 etc.). Ulpian identificiert ferner das pactum und die conventio mit dem nomen pacis, dem Friedensschlusse im Kriege, l. 1 §. 1, l. 5 §. 1 D. de pact. 2, 14; ebenso berichtet Gajus III §. 94 allen Ernstes noch, dass die Römer den Friedensschluss eines Heerführers unter ihren Formalcontrakt der sponsio subsumierten; Gajus selbst will denselben zwar bereits als einen öffentlichen Rechtsakt bezeichnen, definiert denselben aber noch nicht mit publicum jus, sondern mit der Umschreibung: jus belli. — So sehen wir z. B. Rudorff, röm. Rechtsgesch. II §. 1 Note 1 sich wohl vergeblich nach Belegen für seine, im Texte S. 2 sich findende Behauptung bemühen, dass im früheren röm. Reehte die Unterscheidung von judicia

ja doch ein ähnliches, erst allmähliges Fortschreiten der Rechtserkenntnis auch auf allen anderen Gebieten oder Fundorten unseres Rechtswissens. Ähnlich war beispielsweise ja auch der selbständige Begriff des Staatsrechtes in unserem eigenen germanischen Mittelalter, trotz dessen kühnen Anfängen unter den Carolingern, noch keineswegs erfasst und von jener privatrechtlichen Auffassung des Lehensstaates befreit, welche selbst in die neueste Zeit hereingeragt. Ähnlich waren ja in Rom überhaupt auch noch andere, von der späteren Jurisprudenz erkannte Rechtsgedanken lange Zeit noch nicht zum Bewusstsein der Juristen durchgedrungen und erfunden; eine Ausscheidung beispielsweise des Strafrechtes vom Privatrechte, des Strafprozesses vom Civilprozesse, wurde weder in Rom überhaupt, noch bei uns bis ins 17. Jahrhundert (Thomasius), eine Ausscheidung der culpa von dem dolus erst im röm. Aushilfsdelikte der injuria, etwa im 5. Jahrhundert der Stadt (§. 10 Note 17) durch die lex Aquilia herbeigeführt, die Ausscheidung der Schuld vom Zufall endlich, des Versuchs von der Vollendung war noch zur Zeit einer Talion: des os fractum und membrum ruptum der XII Tafeln, nicht erfunden u. s. w.

In ähnlicher Weise war in Rom die heutige Unterscheidung von öffentlichem und Privatrechte überhaupt an sich noch nicht entdeckt, geschweige auf die früheren Stammrechtsbegriffe jus publicum und privatum, wie dies um die Zeit Justinians geschah, übertragen. Das öffentliche Recht Roms vielmehr fand sich da bis in die späteste Zeit, in seiner selbständigen Natur unerkannt, in anderen Begriffen versteckt, namentlich in dem jus divinum mit seinen Unterarten: dem sacrum, sanctum und religiosum jus, dessen Jurisdiktion ursprünglich zweifellos unter der Leitung der, gleichfalls dem röm. Staate untergeordneten Priester stand; denn auch die röm. Religion überhaupt war nur Staatsreligion. Unzweifelhaft öffentliche Gegenstände z. B., Mauern und Thore der Stadt, öffentliche Plätze u. dgl. waren deshalb res sanctae; die öffentliche Person des Kaisers war noch unter Justinian der sacratissimus princeps: nostrum Numen, divina nostra providentia; die Beamten waren sacrosancti magistratus, die Richter judices sacri; andere öffentliche Gegenstände werden zum Teil ohne Beifügung des Wortes publicus anderweitig umschrie-

---

privata und publica mit der Unterscheidung von civiler und krimineller Rechtspflege zusammenfalle etc.

ben, wie: das jus belli des Gajus, etwa zum Teil die res communes omnium u. s. w.[6]).

Ein Übergang, die Übertragung des früheren Stammrechtsbegriffes jus publicum und privatum auf die Begriffe eines „öffentlichen und Privatrechtes“ im heutigen Sinne, lässt sich daher, — soweit nicht Interpolationen[7]) der Compilation Justinians und anderer den früheren Text veränderten, — der Natur der Sache nach erst in der Zeit verfolgen, in welcher die verschiedenen civitates des röm. Reiches sich mehr und mehr mit dem alten populus unter einem Rechte ausglichen; denn erst, nachdem die verschiedenen Stammrechte, welche ursprünglich durch diese Begriffe jus publicum und privatum unterschieden wurden, nicht mehr existierten, konnten die Begriffe selbst überhaupt entbehrlich und auf die neugefundenen Begriffe eines öffentlichen und Privatrechtes im heutigen Sinne übertragen werden. Diese Voraussetzung trat verhältnismässig erst späte ein. Denn als zuerst ein Teil der privati, die plebs, um die Zeit der XII Tafeln durch allmählige Verleihung von commercium und connubium Anteil an dem jus publicum erhielt, bildeten die privati im röm. Reiche: in den Peregrinen, Latinen etc. noch bei weitem die Mehrzahl, und waren unsere Begriffe daher noch lange unentbehrlich. Erheblicher war zwar die Beseitigung der Stammesrechtsverschiedenheiten, und damit des jus privatum, zur Zeit der Verleihung der Civität für das ganze röm. Reich unter Antoninus Caracalla, 212—217 n. Chr. Aber auch da blieben noch immer Peregrinen oder privati in den neuerlich Freigelassenen, Einwanderern, neuer-

---

6) Man vgl. sacratissimus imperator Antoninus, divus Hadrianus, Claudius etc. bei Gajus I § 53, 55, 62; quaestionem in divinas nostri Numinis aures relatam bei Justinian c. 12 C. de poss. 7, 32; l. 2 D. de divis. rer. 1, 8; Puchta, C. I §. 122 in f. etc.

7) Beispiele von Interpolationen: im echten Gajus II §. 8 mit l. 1 pr. D. de divis. r. 1, 8; § 10 J. 2, 1 finden sich Mauern und Thore noch als res sanctae erwähnt; dieselben sind in dem, durch das breviarium überlieferten westgothischen Gajus II, 1 §. 2 bereits in res publicae verändert: publici juris sunt muri, fora, portae, theatra, circus, arena, quae antiqui sancta appellaverunt. Ähnlich subsumiert eine nicht interpolierte Stelle des Ulp. l. 17 D. V. S. 50, 16 die sacra neben den religiosa und publicis usibus destinata noch nicht „inter publica“, während eine veränderte Stelle desselben in l. 1 §. 2 D. J. et J. 1, 1 diese bereits zum jus publicum rechnet.

dings Unterjochten u. s. w. übrig [8]). Erst die vollständige Rechtsausgleichung unter Justinian musste daher jene frühere Unterscheidung zwischen jus publicum und priv. völlig entbehrlich machen und die ungehinderte Übertragung dieser Begriffe auf das öffentliche und Privatrecht im heutigen Sinne gestatten.

Daher mussten sich nachweisbar nicht blos in den XII Tafeln und den, dieser Gesetzgebung näher liegenden Jahrhunderten, sondern auch später, zur Zeit der classischen Jurisprudenz, noch immer praktische Anwendungen [9]) finden, in welchen

---

8) Puchta, Curs. I §. 95 zu Note f, II §. 218.

9) Das Wort privilegium beispielsweise, welches sich in den XII Tafeln findet, (nach Cicero de leg, III, 19: eine lex in privatos homines), hat im älteren Rom anerkannt nicht die Bedeutung eines Privatrechtes oder eines Privilegiums (Vorrechtes) im heutigen Sinne, sondern eines, von dem, des populus abweichenden Rechtes; v. Savigny, Syst. I §. 16 Note bb u. dd. — Festus s. v. privicloes und privos wie andere sprechen ferner von wohl zweifellos nicht privatrechtlichen (im heut. Sinne) „sacra privata"; ebenso von feriae privatae; zu den sacra privata rechnet Festus noch diejenigen, quae pro „gentibus" fiunt (Note 1). — Quinctilian 5, 2, 1; 10, 115 bemerkt u. a.: aliam apud centumviros (sc. publicos judices), aliam apud privatos judices de iisdem quaestionibus rationem esse. Wenn somit dieselbe „Strafsache" (quaestio) sowohl vor publici als privati judices abgeurteilt werden konnte, so folgt zunächst: dass der judex privatus keine Privatperson im heutigen Sinne bezeichnen konnte, zweitens, dass die judicia publica wie privata sowohl öffentliches als Privatrecht im heutigen Sinne entschieden. (Diese elektive Concurrenz des publ. und „priv." judicium für quaestiones, somit für wirklich öffentliches Recht, ergeben noch später Belege; so Paul. l. 6 D. de injur. 47, 10 voluit Senatus publica quaestione rem vindicari. Caet. si nomen adjectum sit, et jure communi injur. agere poterit. Nec en. prohibendus est, privato agere jud., quod publico judicio praejudicatur, quia ad privatam causam pertinet. Plane si actum sit publico judicio, denegandum est privatum; similiter ex diverso). Vgl. §. 10 N. 20. — Einen nicht bloss privatrechtlichen Sinn haben ferner wohl beispielsweise die Einteilungen der Ländereien; z. B. bei Cicero de offic. I, 7: Sunt autem „privata nulla natura". Ex quo fit, ut ager Arpinas Arpinatium dicatur, Tusculanus Tusculanorum, similisque est privatarum possessionum descriptio; ähnlich die Worte des Livius II, 30: factione respectuque rerum privatarum, quae semper obfecere publicis consiliis; Livius gebraucht das Wort privatus bald für die Verhältnisse der Plebejer gegenüber dem populus der Patricier, bald fasst er beide unter dem populus zusammen: z. B. Livius VI 41, X 7, (8), 9, 13 etc.. — Auf diese Weise erklärt

das jus publicum als Stammrecht, nämlich zugleich als Privatrecht im heutigen Sinne, nicht blos als öffentliches, das jus privatum dagegen umgekehrt zugleich als öffentliches Recht bezeichnet wurde. Eine gleiche Auffassung lassen selbst auch noch die, aus diesen Perioden überlieferten Definitionen ersehen. Von den Juristen beispielsweise definiert selbst der späte Ulpian immerhin noch: publicum jus est, quod ad „statum" rei Romanae spectat; das Wort status aber bezeichnet bekanntlich den status libertatis, civitatis und familiae der cives; der Begriff des jus publ. zeigt sich demzufolge hier noch vollständig als der eines Stammrechtes, u. zw. eines grossenteils nicht öffentlichen Rechtes, denn die familia beispielsweise bot um Ulpians Zeit längst auch nicht einmal teilweise mehr öffentliches Recht. Derselbe Stammrechtsbegriff zeigt sich noch entschiedener in der weiteren, schon berührten Stelle des Ulpian: bona civitatis „abusive" publica dicta sunt; sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt; und bei Gajus: publica appellatio in compluribus causis ad populum Romanum respicit; civitates enim privatorum loco habentur [10]); die Rechte der peregrinen civitates sind offenbar — nicht

---

sich endlich auch der Beisatz „Privatus" auf zahlreichen Urkunden und Denkmälern gegen das Ende der Republik und später noch; z. B. auf den in Pompeji aufgefundenen, von Mommsen beschriebenen Quittungen des Auktionators Caecilius Jucundus, auf zahllosen Grabsteinen römischer Legionen in Deutschland, z. B. in Miltenberg. Dies Wort privatus bezeichnet hier weder einen Eigennamen, noch etwa einen heutigen „Privatmann"! sondern, als Gegensatz von civis: einen Nicht-civis. — Andere Beispiele unten §. 10, 1—9.

10) l. 1 §. 2 D. 1, 1; l. 15 und 16 D. V. S. Über erstere Stelle oben N. 7. Von früheren Juristen berichtet schon Neratius über die (damals beginnende?) zweifache Bedeutung des Begriffes jus publ. als: öffentliches Recht und öffentliches und privates Stammrecht des populus: l. 14 D. de dom 41, 1: quod in littore quis aedificaverit, ejus erit; nam littora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, und selbst Just. lässt noch einen früheren Gegensatz zwischen publicus und öffentlich durchblicken § 5 J. 2, 1: littorum usus publicus et juris gentium; denn wäre ihm publicus schon eine genügende Bezeichnung für ein öffentliches Gebrauchsrecht gewesen, so wäre für seine Zeit nicht mehr der Beisatz nötig gewesen, dass auch die übrigen gentes das (italische) Meeresufer des bisherigen pop. Romanus bebauen, dort fischen, Netze spannen etc. dürfen. — Eine vorübergehende Übergangsbedeutung scheint sich in einer Const. der Kaiser Valentin. Theodos. und Arca-

abusive, sondern in Wirklichkeit — wenigstens teilweise zweifellos öffentliche, teilweise Privatrechte der juristischen Person der civitas. Überdies sind auch die bona civitatis nach röm. Sprachgebrauche zugleich die Vermögensgegenstände der „einzelnen“ Angehörigen einer peregrinen civitas (Note 3). Das jus publ. und privatum bezeichnet daher zweifellos, selbst zur Zeit eines Ulpian noch, weder ausschliesslich das öffentliche, noch ausschliesslich das Privatrecht, vielmehr beide Begriffe zugleich, und zeigt daher so klar noch die Spuren des früheren Stammrechtes.

§. 10.

Wir haben soeben gesehen, dass das altrömische jus publicum nicht etwa blosses öffentliches, vielmehr das Stammrecht des populus der Patricier, das jus privatum ferner nicht blosses Privatrecht im heutigen Sinne bezeichnete, sondern das Stammrecht der Nichtpatricier, namentlich der plebs und der älteren Peregrinen. Dadurch nun werden sich uns wohl jetzt eben jene älteren römischen Rechtsüberlieferungen, welche uns vom röm. Rechte ausdrücklich als jura publica und privata bezeichnet werden, obgleich sie vielfach unmöglich öffentliches etc. Recht sind, als solche darstellen, welche allem Vermuten nach in das röm. Patricier- und Plebejerstammrecht hinaufragen, und uns so noch jetzt dies frühere Bestehen ganzer verschiedener Systeme dieser Patricier- und Plebejerrechte erkennen lassen. — Wir wollen deshalb hier versuchen, einzelne auffindbare Reste dieser Systeme uns vor Augen zu stellen. —

1. Vielleicht der ältesten überlieferten principiellen Äusserung des antiken Principes der persönlichen Rechte aus jener Zeit: des häufig angewendeten, von Papinian überlieferten Satzes: jus publicum privatorum pactis mutari non potest[1]),

---

dius vom Jahre 391 in dem selbständigen Gegensatze der Senatores zu den privati zu finden; c. 4 C. de naufragio 11, 5: cum possessoribus, sive Senatores, sive privati sint, während z. B. noch Plinius epist. 13 lib. 8 das senatorium jus unter das jus publicum subsumiert (Brissonius h. 1). Erst dem Arcadius endlich wird eine Unterscheidung von öffentlichen: criminalibus und von pecuniariis causis zugeschrieben l. 1 §. 1 D. de test. 22, 5.

1) l. 38 D de pact. 2, 14; der Satz wird erläutert durch l. 28 pr., l. 31 eod. Ähnlich Ulp. l. 45 §. 1 D. R J.: privatorum conventio juri publico non derogat. Vgl. oben §. 7 Note 4.

haben wir bereits früher gedacht. Der historische Sinn dieses Satzes ist nicht der heutige: dass das „öffentliche“ Recht dem Privatrechte im heutigen Sinne prävalieren solle, sondern der: dass das Stammrecht des populus der Patricier und später der cives durch Verträge nach dem Rechte der privati, der früheren plebs und Peregrinen, keine Änderung erleiden könne. — Die Entstehung dieses Satzes wird allem Vermuten nach schon in die Zeit vor Entstehung des jus civile und der XII Tafeln fallen, welches die Rechte der plebs und des alten populus der Patricier einigte. — Eine Consequenz des Satzes beispielsweise für die röm. Eigentumsüberlassung war folgende. Mit dem Eintritte der plebs als cives in das jus publicum des populus Romanus konnte deren nunmehriges civiles dominium ex j. Quirit. nicht mehr durch die formlosen Verträge der privati oder Peregrinen, durch privatorum pacta, übertragen werden, welche bisher die plebs als privata oder peregrina plebs binden mochten, sondern nur durch die Verträge des neuen jus civile, durch mancipatio, in jure cessio u. s. w. —

2. Ein einzelnes Beispiel: das jus altius tollendi rechnet Valerius Maximus [2]) noch zum jus publicum. Der Sinn hievon ist wohl unmöglich der, dass das offenbare Privatrecht (im heutigen Sinne) des altius tollere als „öffentliches“ Recht bezeichnet werden wollte; sondern der historische Sinn wäre dann der gewesen: dass dies Recht für den Stamm des populus der Patricier und später der cives bestand, dass also (soferne dies Recht nicht zugleich ein jus commune nach §. 5 war) ursprünglich nur die Patricier, nicht auch die ältere in Rom angesiedelte privata plebs oder später noch die übrigen Peregrinen, — die plebs somit erst von den XII Tafeln an und die übrigen Peregrinen auch noch nicht im 6. Jahrhunderte, wo diese erst Eigentum nach jus gentium oder possessio corporalis an res mancipi erwerben konnten, — ihre Häuser beliebig höher bauen durften.

3. Auf diese Weise löst sich vielleicht endlich das unlösbar erschienene Rätsel, dass ein praes nach Bestätigung der Römer dazu bestimmt gewesen sein sollte, sich dem „populus“ zu verpflichten, während er sich nichtsdestoweniger zweifellos auch dem „Einzelnen“ verpflichtete [3]). Das Wort praes wird von den Römern

---

2) Valerius Max. VIII, 1, 7; vgl. Schrader, comm. perp. in Inst. S. 634 zu §. 2 J. s. v. altius aedes suas tollendo.

3) Danz, der sacrale Schutz im röm. Rechtsverkehr, Jena 1857

damit eben gleichfalls nur als Bestandteil ihres jus publicum, des Stammrechtes des alten populus im allgemeinen, bezeichnet; denn das „populo“ se obligare ist auch hier nur die figürliche Bezeichnung anstatt des, sich dem „Einzelnen“ e populo Obligierens, ähnlich, wie beispielsweise das röm. populare judicium für „quisquis“ e populo bestimmt war, oder die hereditas populi Rom. nicht die Erbschaft eines erblassenden populus als Ganzen, sondern die Erbschaft der einzelnen Quiriten bezeichnete [4]). — Die praedes bezeichnen ebendeshalb eine Verbürgung nach dem jus des populus der Patricier und später der cives, und zwar sowohl dem Einzelnen als der Gesamtheit gegenüber (§. 9 N. 3), im Gegensatze zu den vades und der adstipulatio, welche — und zwar erstere schon deshalb, weil über das vadimonium auch Peregrinenrichter oder Recuperatoren [5]) erkannten, und dieselben zugleich im jus civile erwähnt werden, — teils dem jus civile, teils dem jus gentium angehörten [6]).

4. Wenn Ulpian das Zeugnis des Sextus Pedius dafür anführt, dass die causa der operis novi nuntiatio, dieses zweifellosen Privatrechtes im heutigen Sinne, sowohl dem jus naturale, als dem jus „publicum“ angehörte [7]), so heisst wohl auch dies: die

---

S. 218 §. 9 bemerkt hierüber: „Es ist eine allgemein angenommene Ansicht, dass praedes nur dem Staate, nicht einem Privaten gestellt werden konnten. Mommsen, Stadtrechte S. 467. Was Dernburg, krit. Zeitschr. Bd. III S. 82 dagegen bemerkt, steht zu sehr mit den ausdrücklichen Quellenzeugnissen in Widerspruch. — Man würde auch nicht im mindesten an der Richtigkeit dieses Satzes, der von Varro (de L. L. V 40, VI 74) und in den Excerpten des Festus und Paulus Diaconus (Paul. Diac. V Praes est is, qui populo se obligat) ausdrücklich hervorgehoben wird, gezweifelt haben, wenn nicht in zwei Stellen bei Gajus IV §. 16 u. 94 das Gegenteil scheinbar gesagt wäre“.

4) Vgl. oben §. 9 N. 3

5) Gajus IV §. 185. Varro L. L. VI, 7, 74.

6) Gajus III §. 110, 112, 115, 93.

7) l. 5 §. 9 mit l. 1 §. 16, l. 3 pr. und §. 4 D. op. n. n. 39, 1. — Ulp. l. 5 § 9: publicam causam, quotiens leges aut senatusconsulta constitutionesque principum (somit das jus civile und legitimum) per o. n. n. tuemur; l. 3 §. 4: si in publico aliquid fiat, omnes „cives“ opus n. nuntiare possunt. — Dass die op. n. n. ein jus commune (§. 5) sein und so auch den Peregrinen zustehen konnte, ergibt l. 3 pr., wonach sie auch bei einem praedium provinciale eintrat; ebenso stand sie nach l. 1 §. 3 D. de remiss. 43, 25 sowohl dem (civilen) dominus als dem Servitutberechtigten (des jus gentium §. 15 N. 9) zu.

Bestimmung dieses Rechtsmittels von zweifellos höchstem Alter [8]) war die eines Schutzes sowohl des populus der Patricier und cives, als der Peregrinen oder des jus gentium.

5. Die, zum Schutze der possessio corporalis wie der quasi-possessio dienenden interdicta sind unzweifelhaft jene interessanten Reste eines uralten, vollständigen Klagensystemes, welches (unbeschadet der judicia publica) als jus commune sowohl den gesonderten Stammrechten der Patricier und privati, als dem ältesten röm. jus gentium angehörte, und so den Verkehr zwischen Patriciern, plebs und Peregrinen von Anfang an vermittelte. Dessen Angehörigkeit an das Stammrecht des jus publicum (man denke an die possessio des ager publicus) und privatum lassen vielfältige Anwendungen [9]) erkennen, in welchen die Bezeichnung solcher reiner Privatrechte im heutigen Sinne als jus publicum ausserdem sinnlos, deren Bezeichnung als jus privatum aber überflüssig wäre, wenn letzteres heutiges „Privatrecht“ bezeichnen sollte. Über dessen weitere Angehörigkeit an das jus gentium unten §. 18.

6. Bezüglich der testamentifactio bestätigt noch Papinian, dass sie: non privati, sed „publici“ juris [10]) sei. Dies heisst:

---

8) Über deren hohes Alter vgl. §. 16 Text zu N. 25; deren Zusammenhang mit der Priesterrechtspflege §. 13 zu Note 11—13; Bestimmung und Verfahren §. 18.

9) Beispiele: Alfenus l. 17 §. 2 D. si serv. 8, 5: si in loco publico id fecisset, per interdictum cogi posse. Ulp. l. 1 pr. D. de interd. 43, 1: interdicta redduntur aut de his, quae „sunt alicujus“ — haec sunt aut publica aut singulorum. — §. 1 J. de interd. 4, 15. — Ulp. l. 7 §. 8 D. 43, 24: agere possum hoc interdicto (quod vi aut clam), quia in publico factum est. — Andere Anwendungen: interdicta de locis et itineribus publicis, tit. D. 43, 7 — ne quid in loco publico vel itinere fiat tit. D. 43, 8: Ulp. l. 2 §. 2 D. h. t. tam publicis utilitatibus, quam privatorum per hoc prospicitur; — interdict. de loco publico fruendo tit. D. 43, 9 (Puchta C. II §. 227 bezieht dies Interdikt auf den ager publicus); — interdicta: de via publica, tit. D. 43, 10 — de via publica et itinere publico reficiendo tit. D. 43, 11 — ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat tit. D. 43, 13. — Ein interdictum sectorium (ejus, qui publica bona emerit) bei Gajus IV §. 146; — interdict. de itinere actuque privato tit. D. 43, 19 etc.

10) l. 3 D. qui test 28, 1. Noch Puchta Pand. §. 483 Note b führt die, nicht historische Erfassung des Wortes publicus zu der unglaublichen

nach dem Stammrechte des populus testieren konnten in Rom selbst ursprünglich nur die Patricier unter sich, nicht auch die plebs oder Peregrinen und diese mit Patriciern gegenseitig; der Sinn dieser Nachricht aber ist offenbar nicht, dass das, was das Testament verfügt, kein Privatrecht, sondern „öffentliches" Recht sei. Es wäre absurd, wenn Papinian noch das Testament seiner Zeit als Uebertragung eines öffentlichen Rechtes bezeichnen wollte, wie etwa in den ersten Zeiten der Republik, in welchen allerdings der Satz der XII Tafeln galt: paterfamilias, uti legassit super familia, pecunia, tutelave suae rei, ita jus esto [11]). Diese testamentifactio publica konnte demzufolge dazumal nur noch ein, auf den Stamm des populus beschränktes Privatrecht bezeichnen, welches Privatrecht zwar allerdings noch von einem öffentlichen „Rechte der Persönlichkeit," dem status civitatis, ebenso „bedingt" war, wie auch die testamentifactio und das Privatrecht der privati; jenes von einem öffentlichen Vorrechte, dieses von einer öffentlichen Benachteiligung oder einem Ausgeschlossensein. Aber seinem materiellen Gehalte nach war damals jede testamentarische Verfügung längst eine Privatrechtsdisposition. — Wohl existierte somit damals, im Gegensatze zur publica, auch eine testamentifactio „privata" [12]). Aber auch dieser Begriff bezeichnet, wie die t. publica, nur ein Stammesrecht, welches eben beiderseits nicht gestattete, dass die, nach den besonderen Stammesrechten des populus der Patricier und cives wie der privata plebs und der Peregrinen lebenden fremden Stammesgenossen sich gegenseitig zu Erben einsetzten. — Die Thatsache nun, dass unter den privati die Peregrinen von dem Erbrechte des populus ausgeschlossen waren, bestätigt direkt noch Gajus [13]): peregrino, cum quo testa-

---

Folgerung, der Umstand, dass ein nichtiges Testament eines Privaten nicht „anerkannt" werden könne, folge — nicht schon aus dem Begriffe der Nullität und in zweiter Linie allenfalls aus der Unverbindlichkeit der pacta, sondern — aus dem Umstande, dass die testamentifactio „öffentliches" Recht sei.

11) Autor ad Herenn. I. — Ulp. fragm. XI §. 14; — l. 120 D. V. S. — pr. J. de lege Falc. 2, 22.

12) Cicero de lege agrar. 2, 17, 44: populi Romani hereditatem X viri judicent, cum vos volueritis, de privatis hereditatibus Cviros judicare — Ulp. XX §. 14.

13) Gajus II §. 218 a. E. Vgl. §. 1 Note 16.

mentifactio non sit; dass ferner ganz ebenso ursprünglich auch die plebs von der testamentif. der Patricier ausgeschlossen gewesen sein musste, ergibt ja schon der Umstand, dass die testamentifactio einen Bestandteil des commercium — als commercium mortis causa [14]) — bildete, welches der plebs erst verliehen wurde.

7. Crimina publica und delicta privata sind ursprünglich der Natur der Sache nach nicht: öffentlich und „privatrechtlich strafbare" Verbrechen, sowenig die poena publica und privata öffentliche und „privatrechtliche" Strafen bezeichnet! Beides wäre wohl ein Widerspruch in sich selbst, denn beide sind öffentliches Recht. [15]) Vielmehr entwickelte sich in den delicta privata (furtum, injuria, damnum, rapina etc.), im Gegensatze zu den crimina publica der Patricier, aller Wahrscheinlichkeit nach ein ganzes, selbständiges Strafrechtssystem der privata plebs oder auch andrer Fremden in Rom gegenüber dem Strafrechte der Patricier. — Dafür ergeben sich mehrfache Wahrscheinlichkeitsgründe. — Das ungemessene Anwendungsgebiet des, später sogenannten Aushülfedeliktes des del. privatum der injuria z. B., welches „omne", quod non jure fit, oder „alles Unrecht" umfasste, war an sich schon geeignet, ein ganzes System eines Strafrechtes neben dem Strafrechte des röm. populus zu erschöpfen. Einzelne Privatdelikte ferner werden bereits in den XII Tafeln erwähnt, und reichen so wahrscheinlich über diese hinaus, da diese die delicta nur beibehalten, nicht aber neugeschaffen haben werden, so dass dieselben wohl in der Zeit vor den XII Tafeln entstanden sein konnten, in welcher die privata plebs noch ein, von dem populus der Patricier getrenntes Strafrecht haben musste; so namentlich das furtum, die injuria [16]); Die lex Aquilia zwar, welche von der

---

14) Cicero pro Archia 5. Puchta Curs. II §. 217 Note b. Vgl. oben §. 1 Note 16—20.

15) Anschaulicher wird diese nicht privatrechtliche Natur, wenn man erwägt, dass beispielsweise noch z. Z. Labeo's wegen eines caput gladio percussum etc. (l. 7 §. 1 D. 47, 10) und noch zur Zeit des Paulus wegen eines stuprum (Paul rec. sent. V, 4 §. 1 f.) etc. ein delictum „privatum der injuria" vorlag; dass ferner in Rom durch eine Aburteilung vor dem judicium privatum selbst ein judicium publicum ausgeschlossen wurde: l. 6 D. de inj. 47, 10: plane si actum sit publico judicio, denegandum est privatum; similiter ex diverso. Vgl. §. 9 Note 9.

16) Gajus III §. 189—191; Gellius 11, c. 18; 20 c. 10. Macrob.

injuria im allgemeinen später das damnum injuria datum ausschied und dadurch den Begriff der culpa feststellte, gehört bereits einer späteren Stufe der Rechtsentwicklung an; sie wird von Theophilus dem Jahre 467, von andern erst dem 5. u. 6. Jahrhundert der Stadt zugeschrieben [17]; allein dieser Umstand beweist gleichfalls nur, dass das, von der generalis injuria noch „unausgeschiedene" damnum wie die injuria selbst schon vor der lex Aquilia und dem 5. Jahrhundert bestanden haben musste. Endlich wird auch diese ursprüngliche Bestimmung der del. privata noch durch den bezeichnenden Umstand bestätigt, dass dieselben, — im Gegensatze zu den crimina publica, welche eine Strafe gegen die „Person", eine manus injectio etc., zuliessen, — nicht diese letztere zulassen, sondern nach dem Principe der persönlichen Rechte, welches dem populus in Rom kein Recht über die „Person" des fremden Stammes gestattete, nur Vermögensstrafen: interdicta in rem, missio in bona etwa neben relegatio etc. So bestand z. B. selbst noch nach den XII Tafeln eine condemnatio in Vermögensstrafen fort: beim furtum nec manifestum, bei rapina, beim os fractum, bei vis privata im Gegensatze zur vis publica [18]; diese delicta privata mussten also wohl zu einer Zeit (unten §. 15) entstanden sein, in welcher der röm. Staat oder die röm. Städteverfassung noch keine Strafe gegen die „Person" der plebs privata zuliess, m. a. W. zu einer Zeit, wo diese noch nicht in den populus selbst aufgenommen war [19].

I Saturn. 4; l. 4 §. 1 D. ad l. Aquil. 9, 2. Festus s. v. Ruptias u. Sarcito. V. auch die, wohl aus alter Quelle stammende Stelle bei Cicero de leg. II, 9: Sacrum sacrove commendatum qui clepserit rapseritque, parricida esto (Puchta Curs. I §. 41 Note r), und die Zusammenstellung der bezüglichen Stellen der XII Tafeln aus Paulus, Gellius, Augustinus, Festus bei Walter über Injurien, neues Archiv des Crim. Rechts Bd. IV S. 285 ff.

17) Heimbach in Weiskes Rechtslexikon Bd. 9 S. 630. Rudorff r. Rechtsgesch. I §. 41 N. 3.

18) Gajus III §. 190—192, 209, 223. Paulus rec. sent. V, 26 §. 3 mit 1. Auch wenn das jus civile der XII Tafeln bereits wegen früherer Privatdelikte die Person strafen würde, bewiese dies nicht, dass schon die plebs „privata" persönlich gestraft wurde. — Das jus sacrum und Völkerbündnisse konnten Fremden gegenüber allerdings Ausnahmen begründen. —

19) Diese röm. Vermögensstrafen der del. privata hat man bisher wohl auch mit der germ. Busse verglichen; so Walter Gesch. d. r Rs. II §. 753 Rudorff r. Rg. II S. 347; allein der geschichtliche Gedanke der germanischen

Die gleiche Beziehung zu diesen Stammesrechten hatten von einzelnen Strafrechtsbegriffen z. B. die vis publica und privata. Schon Schmid macht darauf aufmerksam, dass wegen ganz desselben Vergehens, ja auf Grund desselben Buchstabens, bald eine Strafe wegen vis publica, bald eine solche wegen vis privata eintrat; und Quinctilian berichtet, dass dieselbe „quaestio“ vor judices publici oder privati gebracht werden konnte [20]). Schon daraus ergibt sich, dass der Unterschied zwischen dem publicum und privatum delictum nicht in der Sache, sondern anderswo, somit in der Person liegen musste; überdies bestätigt Paulus auch eine direkte Beziehung der vis publica auf cives [21]). — In gleicher Weise unterschied sich wohl ursprünglich die abolitio publica und privata [22]) etc. etc. —

8. Judicia publica [23]) sind offenbar nicht blosse Gerichte

---

compositio, dieses Loskaufes von der Privatfehde, ist ein anderer. In Rom sollte selbst eine „poena“ dupli, quadrupli etc. noch immer eine blosse Strafe sein. Im Uebrigen vgl. Walter Gesch. d. r. R. I §. 69 ff. §. 75 ff. II. §. 753, 756 ff.

20) Schmid, diss. de crim. laesae senitatis Jenae 1835 beweist dies aus l. 10 §. 1 D. de vi publ. 48, 6 u. l. 2 D. de vi priv. 48, 7. — Vgl. Quinctilian 5, 2, 1; 10, 115: aliam apud C. viros (publicos judices) aliam apud privatos judices de iisdem quaestionibus rationem esse vgl. auch §. 9 Note 9.

21) Paulus rec. sent. V, 26 §. 1: Lege Julia de vi publica damnatur, qui „potestate praeditus civem“ — necarit.

22) l. 11 §. 2 D. de accus 48, 2. Paulus rec. sent. V, 17, Rudorff r. R.G. II §. 130.

23) Bezüglich dieser judicia finden sich mehrfache Definitionen. — Eine in §. 1 J de public. jud. 4, 18: quod cuivis e populo executio eorum plerumque datur. Schon die französische Jurisprudenz hat auf das Ungeschichtliche der Erklärung dieser Stelle im heut Sinne dahin aufmerksam gemacht, dass jeder vor dem jud. public. klagen durfte; dies wäre weit eher Aufgabe der Popularklage, welche sich als besondere Art von den publica judicia ausscheidet. Brissonius s. v. Hotmann. Auch schon Ungepaur exercitia Just. Jenae 1649 S. 707 exerc. XVI 6 weist aus der lex Cornelia, der c. 30 C. ad l. Jul. de adult., aus dem crimen suspecti tutoris, sepulcri violati, termini moti die Unrichtigkeit der Aufstellung nach, dass jeder als accussator bei dem crimen publicum auftreten könne. Wohl aber dürfte sich eine histor. Erklärung der Stelle in obigem Sinne dahin bewähren, dass die, zu judicia publica überhaupt Zugelassenen ursprünglich nur Patricier und cives sein konnten. — Eine zweite Definition bei Macer l. 1 D. de publ. jud. 48, 1 besagt: judicia-publica ea tantum, quae ex „legibus“ judiciorum publicorum veniunt; da die lex nur der technische Begriff für Gesetze des

für öff. R. in der heut. Anwendung des Wortes, z. B. Criminalgerichte; sonst hätte der Zutritt zu denselben auch den Nicht — cives etc. geöffnet sein müssen; dies war aber nicht der Fall; denn Peregrinen hatten keine „legitima“ persona standi in judicio mit den cives. — Völlig absurd wäre es ferner, die judices privati[24]) als „Privatpersonen“ im modernen Sinne zu bezeichnen; niemals der Richter, sondern nur das von ihm abgeurteilte Recht könnte ein solches Privat-Rechtsinstitut sein; aber auch die Ausscheidung zwischen Richtern für öffentliches und Privatrecht im heutigen Sinne ist für die ältere röm. Geschichte ungeschichtlich, weil diese Unterscheidung damals überhaupt noch nicht bekannt war (§. 9). — Schon das Dasein somit der eben berührten „delicta“ privata beweist, dass das abgeurteilte jus privatum nicht ein heutiges „Privatrecht“ war. Deshalb werden auch diese Bezeichnungen sich einzig auf die „Stammrechte“ des populus und der privati des antiken Rechts beziehen lassen.

9. Aus dem bisherigen werden wir nun auch ein vorläufiges Resultat für die Geschichte unsrer röm. „possessio“ ziehen können; das bisherige wird uns erklären, was es bedeutete, wenn die ältere Jurisprudenz in Rom bis in die klassische Zeit hinein ihre possessio zugleich als possessio publica und privata bezeichnete; z. B. bei der possessio am „ager publicus,“ in den zahlreichen „publica und privata interdicta“ der possessio und quasipossessio[25]), sowie in den direkten Anwendungen eines Festus, Livius[26]) und anderer. — Die Erklärung lautet: Die röm. posses-

---

populus der Patricier, später der cives war, (Gajus I §. 3 mit §. 8 oben) so stimmt diese im Resultate mit der obigen Erklärung überein.

24) Keller röm. Civilprozess §. 1 N. 8 u. 6. — Puchta Curs. I §. 49 Note a, II §. 150 N. b. — Hugo civilist. Magazin I Num. 6 2. Aufl. S. 36. — Wenn zufolge Dionys. Halic l. II, c. 14, l. IV c. 25 die Sage bereits dem Servius Tullius die Einführung von judices privati zuschreibt, so konnte dies etwa den Sinn haben, dass damals zuerst judices für die plebs eingeführt wurden; denn für den populus bestanden judicia publica in Rom wohl von jeher; vgl. §. 18 N. 11 u. 12.

25) oben Note 9, 7 etc.

26) Festus s. v. possessiones: appellantur agri late patentes publici privatique. — Livius II, 41 publicum possideri a privatis criminabatur. Jd multos Patrum, ipsos possessores etc. — II, 61 causamque possessorum publici agri sustinenti — IV, 51 agrariae legis, quae possesso per injuriam agro publico Patres pellebat etc. Vgl. §. 20 N. 5, 12.

sio bestand als jus commune (§. 5) schon innerhalb des alten Stammrechtes des populus der Patricier wie der privata plebs, ähnlich, wie wir das commune jus der possessio später als civilis possessio auch in dem Stammrechte des jus civile (§. 11) sowie in dem gemeinen jus gentium wiederfinden werden. Es sind dies eben Begriffe, welchen keinerlei materielle, sondern nur geschichtliche Bedeutung, nur eine Beziehung auf die verschiedenen persönlichen Rechtssysteme der versch. Abstammungen des antiken Rom, innewohnt, welche also beim ager publicus z. B. nur besagen, dass an diesem ager nur der Stamm des populus, kein anderer Stamm berechtigt war, nichts weiter [27]).

2. Jus civile als neues Stammrecht der vereinigten Patricier und plebes. — Possessio civilis und duplex dominium im allg. —

§. 11.

Eine Reihe von Gründen weist wohl zweifellos darauf hin, dass das röm. jus civile dasjenige neue Stammrecht der röm. Vollbürger war, welches erst die röm. plebs durch ihr Eindringen in den alten populus der Patricier ins Leben rief.

Vor allem musste das jus civile ein jüngeres Stammrecht des röm. populus sein. Denn, wie schon bemerkt, gab es eine Zeit, über welche noch Gajus I, 3 berichtet, in welcher Recht und Gesetzgebung des populus der Patricier und das der Plebejer getrennt bestanden; in dem jus civile zeigen sich aber diese Sonerrechte beider, welche wir nach oben §. 9 u. 10 als gesondertes jus publicum und privatum kennen gelernt haben, mit einem Male geeinigt, und dieselben verblieben seitdem für alle Folgezeit geeinigt; es muss also das jus civile, in welchem sich das Patricier- und Plebejerrecht geeinigt zeigt, notwendig ein jüngeres Recht sein; denn nur das dauernd einigende, nicht das getrennte Stammrecht konnte so das spätere sein. — In der That bestätigen, wenn auch den Anschauungen unserer namhaftesten modernen Juristen

---

27) Weil auch die, beim ager publicus vorliegende possessio ebendeshalb nicht bloss eine precaria, sondern auch jede andere possessio sein konnte (vgl. §. 20), möchte ich die Anwendung der Begriffe Lehn- u. Allodialbesitz für possessio publica u. privata durch Dernburg kaum als blosse Vergleichung billigen; vgl. schon Bekker Zeitschr. der Sav. Stift V L. A. sacram. etc. zu II.

entgegen, eine Anzahl direkter Überlieferungen der röm. Jurisprudenz [1]) eine spätere Entstehung des jus civile mit aller Bestimmtheit. —

Auf diese Weise kann ferner, wenn wir die politische Geschichte Roms zu der Zeit, in welcher das jus civile entstanden sein musste, zu Rate ziehen, die ursprüngliche Zweckbestimmung des jus civile kaum Zweifel bieten. Die röm. Geschichte zeigt, dass um eben jene Zeit des 3. und 4. Jahrhundertes der Stadt, — um welche diejenigen Rechte entstanden, aus welchen sich vorzugsweise das jus civile zusammensetzt, namentlich die XII Tafeln, — die heftigsten Kämpfe zwischen Patriciern und plebs um deren rechtliche Gleichstellung tobten. Keine andere Volksabstammung ferner, soweit die röm. Geschichte Aufschluss erteilt, als die röm. plebs, drängte sich um eben jene Zeit in die Rechte des alten populus ein. Damit ist es wohl zweifellos, dass das jus civile dasjenige Recht war, welches sich damals die röm. plebs nach langem Aufruhr, durch ihre Secessionen auf den heiligen Berg u. s. w. erkämpfte, und welches in den XII Tafeln nur einen gesetzgeberischen Abschluss fand. — Damit stimmen ergänzend auch die Auszüge aus dem Werke des Pomponius de origine juris in Justinians Pandekten überein, welche berichten, dass das jus civile aus den XII Tafeln „fluere coepit." [2]). —

Ganz ebenso scheint sich uns ja aus dem Namen wie aus der ganzen inneren Struktur dieses jus civile die Überzeugung aufzudrängen, dass dasselbe ein Recht war, welches nicht ruhige Entwicklung, nicht freier Wille des Concedierenden, zur Reife brachte, sondern welches noch jenen Stempel des Kampfes und der Erregung an der Stirne trägt, den ihm um jene Zeit allein Kämpfe zwischen Patriciern und Plebejern aufgedrückt haben konnten.

Vor allem der Name des jus civile. — Derselbe dürfte sich etwa ableiten: entweder von cio oder cieo, verwandt mit adcieo; die cives sind alsdann entweder die Herbeigerufenen oder Zugezogenen; — dies könnte auf das erste Auftauchen der plebs in Rom, auf die Herbeiziehung von fremden, befreundeten oder be-

---

1) Vgl. §. 12 Note 8.

2) Pomp. l. 2 §. 6 D. de orig. jur. 1, 2: eodem pene tempore tria jura nata sunt: leges XII tabularum, ex his „fluere coepit" jus civile; vgl. jedoch l. 2 §. 2 u. 7 cod. — Bisherige Anschauungen: Rudorff r. R. G. I. §. 93 ff. Puchta Curs. I §. 37 etc.

siegten italischen Volksabstammungen [3]), oder auch auf, zum Waffendienste oder zu Steuern Aufgebotene und Beigezogene hinweisen. — Oder aber es könnte die weitere Bedeutung des Wortes cieo in Betracht kommen, zufolge deren die Geschichte die cives als die Aufständigen, die Erregten und sich Ausgleichenden — und das jus civile als das Recht dieser Aufständigen oder das „Recht der Revolution" — gekennzeichnet haben würde; ähnlich etwa, wie auch noch eine spätere Geschichte den, nach langen Wirren und Kämpfen siegreich sich Einigenden nicht selten einen Namen in Erinnerung an diese früheren Ereignisse beizulegen pflegt, gleichsam um diese Erinnerung zu verewigen; ähnlich also, wie wir noch heutzutage etwa von Protestanten, Dissidenten, Independenten, von einem Rechte der Revolution von 1789 u. s. w. sprechen, obgleich das, was früher Kampfesziel und Forderung des Aufruhrs war, jetzt längst neues, allgemein bindendes „Recht" ist. —

Wie der Name, so deutet aber noch weit mehr der ganze innere Bau des jus civile auf ein, — wie Cicero [4]) den Quintus über eine analoge Institution jener Zeit sagen lässt — in seditione et ad seditionem (natum jus), cujus primum ortum inter arma civium procreatum videmus. — Nicht etwa eine natura und ratio im Sinne der Römer, unterstützt von der aequitas der späteren Prätoren, diktierte dessen Inhalt, wie bei dem jus naturale oder gentium, welches die Römer (vgl. §. 14) äusserlich ungezwungen für zuvor völlig Unberechtigte frei aus ihrer aequitas schufen, und welchem eben deshalb das röm. Recht seine eigentliche spätere Grösse verdankt. Das jus civile der XII Tafeln vielmehr war ein, von der politischen Eifersucht kämpfender Parteien mühsam ertrotztes, formales und strenges Recht, welches die Römer ja selbst technisch als ihr „strictum jus" bezeichneten, und welches so an sich niemals die spätere Weltherrschaft des röm. Rechts zu erringen befähigt gewesen wäre. Nur jene Eifersucht der, sich Vorrechte abtrotzenden Parteien erklärt beispielsweise: dessen Hangen an solennen Formen wie an dem

---

3) Walter Gesch. d. r. R. I §. 24. — Puchta Curs. I §. 43. — Niebuhr röm. Gesch. I S. 393 (3. Ausg.) — Mommsen r. Gesch. I, S. 86 (3. Aufl.) — Rudorff r. R. G. I §. 11 u. 7.

4) Cicero de leg. III. In gleicher Weise bezeichnet, geschichtlich in jeder Beziehung wahr, auch Tacitus A. 3, 27 die XII Tafeln als finis aequi juris; nam secutae leges — saepius — per vim latae sunt.

Buchstaben des Gesetzes[5]); das Vorherrschen controlierender Ceremonien beim Abschlusse der Rechtsgeschäfte, namentlich bei dem absonderlich gestalteten Eigentumserwerbe der neuen cives mit den überwachenden Formen der civilen mancipatio[6]) und in jure cessio, gegenüber der älteren, ohne jede Form, schon durch occupatio und traditio zu erwerbenden possessio publica der Patricier und der possessio des jus gentium; das ängstliche Festhalten des civilen dominium an dem Beisatze „ex jure Quiritium“, gleichsam um anzuzeigen, dass dem neuen Eigentume der cives jetzt das gleiche Vorrecht zugestanden werden müsse, wie der aeterna auctoritas der früher alleinberechtigten Patricier; die starre Gerichtsverfassung, insbes. die Formen zur Erwirkung der legis actio[7]); das Pochen auf eine actio überhaupt, d. i. auf ein judicium vor geschworenen gleichberechtigten Mitbürgern, welches namentlich Garantien gegenüber dem patricischen magistratus gewährte, nachdem die plebs selbst doch erst später zu Ämtern beigezogen wurde u. s. w. — Selbst eine, wenn auch mehr sagenhafte Überlieferung bezüglich der Entstehung der XII Tafeln scheint wenigstens das zu beweisen, dass die späteren Römer, welche diese Sage schufen, die Entstehung ihres jus civile auf die Kämpfe und Vereinigung ihres Patricieradels mit der plebs bezogen. Livius erzählt bekanntlich, dass vor Verabfassung der XII Tafeln die decemviri nach Athen geschickt wurden, und schon Niebuhr[8]) macht darauf aufmerksam, wie eben auch an dem Ziele dieser Gesandschaft, in Athen, die Gesetzgebung des Klisthenes eine ähnliche Aufgabe zu lösen hatte, wie das Zusammenwerfen des röm. Adels mit den übrigen Bürgern.

Freilich hatte so anderseits diese starre Form des jus civile

---

5) Z. B. eine sollemnis institutio heredis war nach Gajus II §. 117: Titius heres esto, nicht: Titium heredem esse volo; ein Beispiel für das Hangen am Buchstaben (immutabiles observabantur) ergibt Gajus IV §. 11, 30.

6) Quaecunque igitur res mancipi lege XII tab. aliter, nisi per hanc solemnitatem alienari non poterat. Boetius in Topic. Ciceronis.

7) Pomponius l. 2 §. 6 D. de origine juris 1, 2 deinde ex his legibus (XII tab.) eodem tempore fere actiones compositae sunt, quas actiones, ne populus, prout vellet, institueret, certas solemnesque esse voluerunt; m. vgl. dagegen den „status dies cum hoste“ des Festus §. 6 Note 2.

8) Niebuhr röm. Gesch. schon in der 1. Aufl. I S. 114 vgl. Rudorff r. RG. I §. 94.

auch Vorzüge der Sicherheit; namentlich verglichen mit den anfänglich ungemein schwachen Ansätzen einer Rechtsbildung für die, anfänglich in Rom völlig rechtlosen Peregrinen §. 15—17, und hat insoferne Cicero pro Caec. 26, 74 vollständig Recht, wenn er das jus civile und die usucapio gegenüber den Gefährlichkeiten der possessio des jus gent. etc. als finis sollicitudinis ac periculi litium (§. 16 N. 29) bezeichnet.

Was die nähere Zeitangabe über die Entstehung des jus civile anbelangt, so nahm die Revolution der plebes allerdings mehr als 1 Jahrhundert vor wie nach den, den Jahren 302—304 der Stadt zugeschriebenen XII Tafeln in Anspruch; diese XII Tafeln konnten ebendeshalb nicht allein das Recht der Plebejerrevolution regeln oder das jus civile schaffen, und die obige Notiz des Pomponius, wonach aus den XII Tafeln das jus civile „fluere coepit", ist deshalb, sowie auch nach dessen eignen weiteren Allegaten, allerdings nicht so ganz wörtlich zu nehmen; denn er selbst rechnet das, schon vorher entstandene jus „civile" Papirianum, welches der Zeit der Könige vindiciert wird, wie das darnach, im Jahre 450 d. St. von dem scriba Cn. Flavius veröffentlichte jus „civile" Flavianum zu dem jus civile hinzu. Mir scheint es daher allerdings wahrscheinlich, dass diese Sammlung von Sacral- und sonstigen leges eben des jus Papirianum und andere Zuhilfenahmen des jus sacrum etc. schon vor den XII Tafeln die rechtlichen Beziehungen der Patricier und plebs einigermassen zu regeln begannen und so schon zuvor die ersten Grundlagen eines jus civile schufen, gleichwie wir unten §. 15 sehen werden, dass auch schon die ersten Anfänge eines commercium des populus mit der plebs vor den XII Tafeln begonnen haben mussten. So wurde demzufolge durch die XII Tafeln das jus civile nur weiter ausgebildet, gleichwie zweifellos auch noch später civiles leges die gegenseitigen Rechtsbeziehungen erweiterten, u. a. der plebs das connubium, die Zulassuug zu Ämtern etc. erwirkten.

Gleichviel aber, ob die XII Tafeln die erste und einzige, in jedem Falle waren sie die wichtigste Quelle des damaligen jus civile, so dass man sie mit Recht als die „charta magna" der, sich ausgleichenden Revolution und der Gleichstellung der beiderseitigen Volksabstammungen, bezeichnen darf. Denn abgesehen von deren politischem, religiösem, strafrechtlichem Inhalte vollendeten dieselben, was die Privatrechtssphäre (im heutigen Sinne des Wortes) anbelangt, das schon früher angebahnte commercium, in-

dem sie der neuaufgenommenen plebs namentlich durch die, wie es scheint, völlig neu geschaffenen Erwerbarten der mancipatio, in jure cessio wie durch usucapio zum ersten Male (§. 15) den Erwerb eines vollen Eigentumes an den wichtigeren Vermögensgegenständen der Patricier (res mancipi) ermöglichten; überdies konnte durch sie die plebs mittels des nexum, wie es scheint, zuerst in eine profane, persönliche Obligation mit den Patriciern eintreten; endlich wurde durch sie die plebs zuerst des commercium mortis causa durch die Gestattung der testamentifactio teilhaftig [9]). Freilich musste der Begriff dieses jus civile, je mehr die röm. Jurisprudenz der Zeit seiner Entstehung entrückt wurde, eine mehr und mehr von seiner ursprünglichen Bedeutung verschiedene und abusive Bedeutung annehmen [10]). Aber seinem ursprünglichen Begriffe nach war es einzig ein neues „Stammrecht", nicht ein gemeines Recht (§. 8 Note 2[a]) für Patricier und Plebejer, weil die früheren Stammrechte beider in den, vom jus civile berührten Punkten keineswegs etwa subsidiär oder auch elektiv neben dem jus civile fortbestanden. Am allerwenigsten verdient es den Namen eines „bürgerlichen" Rechtes der Neueren[11])!

Im Zusammenhange mit diesem allgem. Begriffe des jus civile dürfte es am Platze sein, hier sofort die geschichtliche Erklärung der **civilis possessio** zu versuchen. — Innerhalb der Eigentumslehre wurde in dem neugestalteten jus civile einmal das civile dominium ex jure Quirit. neu geschaffen, zweitens aber auch der ältere Eigentumsbegriff possessio wieder aufgenommen, welcher schon vor dem jus civile in allen übrigen Rechtssystemen Roms bestand: sowohl als possessio publica und privata in den Einzelstammrechten der Patricier und plebs, wie als possessio juris gentium in dem gemeinen Verkehrsrechte inter gentes. Diese possessio nun eben, soweit sie jetzt auch wieder im jus civile Anwendung fand, ist die vielgesuchte und vielbestrittene „civilis possessio." — Eine solche konnte beispielsweise vorkommen: bei dem Erwerbe der possessio durch civile Erwerbarten, u. a. in der pos-

---

9) fragm. Vat. §. 50 et mancipationem et in jure cessionem lex XII tabularum confirmat. Gajus I §. 122; Ulp. fragm. XI §. 14; Pomponius l. 120 D. V. S.; pr. J. 2, 22; Cic. de off. 3. Festus s. v. nexum u. nuncupata. Puchta C. II §. 217.

10) Vgl. Windscheid Pand. 4. Aufl. §. 148 Note 12. Rudorff, r. R. G. I §. 62. Sav. R. des Bes. 6. Aufl. S. 61. Syst. I S. 116 Note v.

11) z. B. bei Walter Gesch. d. r. R. II §. 409 u. anderen.

sessio legata. Hatte nämlich jemand über sein ganzes Vermögen letztwillig mittels des civilen Legates verfügt, so ging mit dem omne jus defuncti selbstverständlich nicht bloss das, im civilen patrimonium befindliche Vermögen, sondern das in bonis überhaupt, das ist das Vermögen nach jus civile und gentium (§. 5), auf den Erben oder Legatar über, darunter auch das Eigentum der possessio nach jus gentium sowie die quasi-possessio. Dieses Eigentum, soweit es der civile Erblasser selbst noch nicht durch Usucapion in civiles Eigentum verwandelt hatte, konnte selbstverständlich nun auch von dem civilen Successor nur als „possessio“ erworben werden, ohne dass es durch die Succession allein schon civiles „dominium ex j. Quir.“ geworden wäre [12]. — Eine weitere Anwendung im jus civile der XII Tafeln fand die possessio als civilis possessio in der usucapio, jedoch in der Art, dass statt des Wortes possessio ursprünglich das Wort usus erwähnt wird [13]. — Eine dritte Anwendung endlich einer solchen civilis possessio liegt in der quasi-possessio juris. Der Sinn dieses civilen Rechts ist etwa folgender. Die Plebejer durften als neue cives nicht nur ihre frühere quasi-possessio der Servituten des jus gentium, — deren sie früher als Fremde an dem territorium des populus Romanus allein befähigt waren §. 15, ohne je ein wirkliches Eigentum und auch nur possessio an demselben erlangen zu können — behalten, sondern sie durften dieselben jetzt auch,

---

12) l. 78 D. V. S. sicut in eo, qui possessiones suas legasset; — l. 104 §. 2 D. de leg. I (30) erwähnt eine res hostium legata: si aliquo casu emi possit, somit eine nicht in civilem dominium ex j. Qu. befindliche res; l. 49 § 3 de leg. II (31) erwähnt das Legat einer in bonis befindlichen Sache; l. 91 §. 1 de leg. III (32) erwähnt: praedia mea, sicut a me in diem mortis meae possessa sunt; l. 91 §. 3 eod. ein Legat utriusque possessionis; l. 93 §. 2: praedia legavit, uti a me possessa sunt. — Quaesitum est, an mancipia — ad legatarios pertineant; l. 101 pr. Qui habebat in provincia — praedia propria, codicillis ita scripsit: praedia omnia, quaecunque in Syria possideo, d. i. ein Provinzialgrundstück, an welchem civiles dominium unmöglich war; Legat einer quasi-possessio: l. 71 § 6 de leg. I: si — fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem rei legatum, sed id jus; l. 86 §. 4 eod: superficies legata. — Die civile Natur des legatum bestätigt dessen Aufnahme in die XII Tafeln: uti legassit paterfamilias etc. §. 10, 6.

13) Usus et auctoritas fundi biennium, caeterarum rerum annus. Cic. pro Caec, topic. pr. u. §. 2 J. de usuc. 2, 6; l. 13 C. 3, 34 etc. — Die Erklärung des Wortes usus unten §. 15 u. 20.

neben ihren bisherigen Interdikten des jus gentium, überdies mittels einer civilis actio: dem jus persequendi in judicio vor geschworenen Mitbürgern, verfolgen; davon unten [14]).

Savigny [15]) und die herrschende Besitzlehre ist nun dadurch, dass sie diese rein politische, in keiner Weise aber im heutigen Wortsinne privatrechtliche oder materielle Voraussetzung des Begriffes jus civile als eines Stammrechtes der cives verkannten, in den Fehler verfallen, in dem Begriffe der civilis possessio eine materielle privatrechtliche Unterscheidung, eine besondere Art der possessio zu suchen, und dieselbe so auf die sog. possessio „ad usucapionem" zu beschränken. Wohl ein vergebliches Bemühen. Diese possessio civilis dürfte ebensowenig eine besondere species der possessio bezeichnen, als die Bezeichnungen possessio publica, privata und possessio juris gentium. Dieselbe konnte vielmehr verschiedene Arten der possessio umfassen; bald konnte eine bonae fidei possessio eine civilis possessio sein, wie in der sogen. possessio ad usucapionem; bald aber auch eine blosse malae fidei possessio; z. B. bei der quasi-possessio; denn die, für dieselbe gewährte civilis actio wurde dem servitutberechtigten civilen dominus aedium etc. auch schon dann gewährt, wenn die quasi-possessio der servitus von ihm ohne justa causa erworben worden war [16]); auch die possessio civiliter „legata" konnte ebensogut eine, mala fide im Nachlasse des Erblassers befindliche, nicht usucapionsfähige Sache oder eine blosse sog. possessio ad interdicta, als eine possessio bonae fidei betreffen.

Nur darin verblieb fortwährend ein praktischer Unterschied der possessio civilis von der possessio naturalis oder juris gentium, selbst auch in Justinians Compilation, klar ersichtlich erhalten, dass die possessio des jus gentium nur durch die Erwerbsformen des

---

14) §. 16, 5. Ueber die civile Natur der actio der quasipossessio vgl. §. 2, 3 J. de act. 4, 6; l. 6 § 1 u. 3 D. si serv. 8, 5. Vat. fragm. §. 47.

15) Sav. Bes. 6. Aufl. S. 59—101.

16) l. 6 §. 1 mit pr. D. si serv. 8, 5; l. 20 pr. D. de serv. pr. u. 8, 2; v. §. 16 Note 24; freilich war die Relativität und die mala fides einer quasi-possessio nur eine der Möglichkeiten; dies beweist der Erwerb derartiger Servituten auch durch usucapio; diesen schloss eine lex Scribonia aus l. 4 §. 29 D. de usur. 41, 3; bezüglich der longa quasi-possessio vgl. jedoch l. 10 pr. D. 8, 5 mit l. 10 §. 1 D. 41, 3.

jus gentium: die traditio und occupatio[17]), die possessio civilis dagegen stets ohne traditio: ipso jure (civili) erworben wurde. So erfolgte beispielsweise der Erwerb der possessio nach jus civile durch das civile legatum und die mortis causa donatio ohne Tradition: ipso jure civili[18]). Ebenso zweifellos beim Testamente[19]). Wie bei der donatio mortis causa, scheint ferner auch der Eigentumserwerb bei der civilen donatio inter vivos von jeher ohne Tradition vor sich gegangen zu sein. Derselbe erfolgte schon vor Just. bei personae exceptae legis Cinciae durch blosse civile

17) Fragm. Vat. §. 47: traditione, quae juris gentium est. Gajus II §. 65: quaedam naturali jure — traditione alienantur etc.; vgl. §. 1 Note 14 §. 16 N. 28.

18) l. 1. §. 2 mit l. 2 D. de Public. 6, 2: Sed cur traditionis dumtaxat et usucapionis fecit mentionem, cum satis multae sint juris partes, quibus dominium quis nancisceretur, ut puta legatum — vel mortis causa donationes factae: nam amissa possessione competit Publiciana. Durch den vorausgehenden Gegensatz, dass es noch satis multae partes des Eigentumserwerbes gebe, bei welchen von einer traditio und usucapio nicht die Rede sei, und durch das folgende amissa possessione wird hier notwendig vorausgesetzt, dass der Legatar possessio und dominium ohne Tradition ipso jure erworben hatte und dann erst die possessio, die thatsächliche Ausübung des Eigentums der possessio, verlor (vgl. §. 4, b zu N. 43a); auch in l. 1 §. 7 D. de superf. 43, 18 wird der Erwerb der quasi-possessio durch traditio sichtlich dem Erwerb durch legatum und donatio gegenübergestellt; in diesen Fällen wirkt somit die Publiciana (diese actio des „possessor" §. 3 Note 48–50) als actio entweder adipiscendae oder recuperandae possessionis (§. 19 Note 17), obwohl dem Legatare etc. noch nicht tradiert wurde. Vgl. Gajus II § 194 (per vindicationem legatum) post aditam hereditatem statim — res legatarii fit, et si eam rem legatarius petat, vindicare debet (im Gegensatze von legatum per damnationem rei alienae oder quae in rerum natura non est Gaj. II §. 204 und sinendi modo Gajus II §. 213–4). — Vgl. l. 39 §. 2 D. de legat. I (30): ex testamento (me acturum), ut rem (sc. legatam), quam vendidi et tradidi, recipiam; l. 80 D. de legat. II (31): recta via transeat, nunquam factum (vgl. unten §. 16) heredis. — Dafür, dass durch das civile legatum überhaupt possessio übertragen werden konnte vgl. oben Note 12. —

19) Gajus II §. 35, 36: corpora vero ejus hereditatis perinde transeunt — ac si ei singula in jure cessa fuissent; In Erbfällen konnte überhaupt schon deshalb eine traditio oder sonstiger Erwerb „nach jus gentium" nicht eintreten, weil im jus gentium d. i inter gentes mit persönlich geschiedenem Rechte ursprünglich keine Vererbung eintrat; vgl. auch oben §. 3 Text zu Note 26.

mancipatio und durch promissio des jus gentium ohne traditio [20]); dieser für exceptae personae bestandene Erwerb ohne traditio musste durch Justinian's Worte: „etiamsi non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur", sowie durch dessen folgende Vorschrift, dass der Schenker nur nachträglich zur Tradition verpflichtet sei [21]), zu einer allgemeinen Regel erhoben worden sein; denn eine Vorschrift, dass die Schenkung „ohne Tradition" Geltung haben solle, hätte wohl keinen Sinn, wenn damit nur der „Schenkungsvertrag," nicht aber der Eigentumsübergang hätte für perfekt erklärt werden sollen! (traditio proprie est alienatio „rerum" Ulp. fragm. 19 §. 7); auch steht die Vorschrift im 2ten Buche der Institutionen unter dem Erwerbe der res, nicht unter den Bestimmungen über Verträge [22]). — Hieher sind dann noch als weitere Beweise die übrigen Fälle zu zählen, in welchen eine civilis possessio durch blosse civile „Verträge" ohne eine traditio des jus gentium erworben werden konnte; z. B. etwa durch eine civilis sponsio; (vgl. oben §. 3 N. 36 u. 37). — Diese bisherigen Regeln für den Eigentumserwerb gelten sowohl für den Erwerb des Eigentums des dominium als des Eigentums der possessio, nachdem seit Justinian alles Eigentum durch possessio erworben wird, richtiger mit dem Erwerbe des dominium stets auch possessio erworben ist. Vgl. unten §. 24. —

Erst durch das jus civile der XII Tafeln wurde ein neues Eigentum für den neuentstehenden status oder Stamm der cives in dem civilen dominium ex jure Quiritium geschaffen, während das frühere Eigentum der possessio fortbestand, welches bis dahin das alleinige, einheitliche Eigentum 1. der Patricier als possessio pub-

---

20) Fragm. Vat. §. 310: sola mancipatione vel promissione. Rudorff zu Puchta Curs. II. §. 206 Note cc.

21) §. 2 J. de donat 2, 7 Puchta Curs. II §. 206 zu N. ww.

22) Die Einteilung in §. 11 J. 2, 1: commodius a vetustiore jure sc. gentium incipere, im Zusammenhalte mit dem Schlusse des §. 6 J. 2, 5, ergibt, dass der Inhalt des 2ten Buches der Institutionen so geteilt werden sollte, dass bis dahin gezeigt wird: quibus modis jure gentium res hominum fiunt oder adquiruntur, während die, nach §. 6 J. 2, 5 folgenden Institutionentitel über usucapio, donatio, lex, testamentum, hereditas, legatum etc. zeigen sollten: quibus modis legitimo et civili jure adquiruntur. Und schon nach dem Titel des 2ten Buches der Institutionen handelt dies nur vom Erwerbe der res, vom Eigentume (der possessio und) des dominium, nicht von Obligationen.

lica, 2. der plebs als possessio privata und 3. des jus gentium war. Aus diesem Umstande folgt notwendig ferner, dass in Rom mit diesem neu auftauchenden zweiten Eigentumsbegriffe des civilen dominium zuerst und erst jetzt ein doppeltes Eigentum, das sog. **duplex dominium** [23]), auftrat. Die Thatsache nun, dass dieses duplex dominium früher überhaupt nicht bestand, ist uns geschichtlich noch durch Gajus, Nerva filius und Paulus ausdrücklich bestätigt [24]), und wohl auch die folgenden Erörterungen werden diese historische Reihenfolge der Entstehung des verschiedenen Eigentums in Rom als glaubhaft erfolgt ersehen lassen §. 20. Der eine Name dieses duplex dominium ist somit das civile dominium ex jure Quiritium, der andere: die patricische, civile und dem jus gentium angehörige possessio. Die Römer bezeichneten es späterhin regelmässig mittels einer Synekdoche nach ihrem bevorzugteren civilen Eigentume als „duplex dominium", obgleich sie dasselbe ebensogut tropisch als „duplex possessio" hätten bezeichnen können und in der That die praktische Notwendigkeit ergab, dass öfter auch umgekehrt die possessio das civile dominium mitbezeichnen musste [25]). Dieses doppelte Eigentum findet sich ent-

23) M. vgl. die Anwendungen desselben bei Gajus I §. 54, II §. 40, 7, 204 III §. 166 und in den übrigen Beispielen der folgenden Note 24.

24) Paul. l. 1 §. 1 D. de poss. 41, 2: Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse, Nerva filius ait; (naturalis heisst hier: dem jus gentium angehörig §. 14). Gajus II §. 40: Sequitur, ut admoneamus, aput peregrinos unum esse dominium. Quo jure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex jure Quirit. unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus. Set postea divisionem accepit dominium, ut alius possit ex j. Quirit dominus, alius in bonis habere; dass das in bonis, wie überall, so auch hier eine Umschreibung von possessio ist, ergibt der folgende §. 41: donec tu eam possidendo usucapias, ferner III §. 166: licet dominus (nudus) sit, minus tamen juris in ea re habere intelligitur, quam bonae fidei possessor; vgl. Gajus I §. 54, 167, II §. 7, 204. Ulp. fragm. I §. 16. — Dass das unum „dominium" aput peregrinos und olim beim populus Rom. selbst von Gajus nur umschrieben, nicht mit seinem technischen Namen als dominium gekennzeichnet wird, beweist Gajus II, 7; vgl. unten §. 21; ebenso beweist dies die vorausgehende Stelle des Paulus l. 1 § 1 D. de poss. —

25) z. B. l. 78 D. V. S. Interdum proprietatem quoque verbum possessionis significat, sicut in eo, qui possessiones suas legasset; (über proprietas vgl. §. 22 N. 19 ff.) §. 6 J. 4, 15; l. 1 §. 2 D. 6, 2; l. 93 §. 2 D. de leg. III; (v. §. 19 u. 24 N. 2). Am häufigsten musste dies in der Kaisergesetzgebung für

weder in der Weise, dass der eine Eigentümer die Sache nach jus civile oder gentium zu possessio (in bonis), ein anderer dieselbe zu civilem dominium ex j. Quir. erwarb; oder es war möglich, dass derselbe civis successive beispielsweise dieselbe res mancipi nach verschiedenem Eigentume erwarb: sowohl mittels eines civilen Erwerbaktes der mancipatio etc. zu civilem nudum dominium ex j. Quir., als durch civiles Legat oder Apprehension nach jus gentium zu possessio civilis oder possessio juris gentium (plenus dominus §. 5).

II. Römisches gemeines Recht des jus gentium.

Bedeutung und Alter.

§. 12.

Das röm. jus gentium [1]) ist das Verkehrsrecht inter gentes. — Es war zweifellos ein gemeinschaftliches positives Recht für jeden, ohne Unterschied der Abstammung [2]), ein Recht, welches

---

das ganze Reich der Fall sein, da das Eigentum des grössten Teiles des Reiches, der Provinzen, die possessio, nicht das civile dominium war. z. B. c. 7 C. de cens. 11, 57; l. 2 C. 4, 19; dann mehrfach im tit. C de poss. 7, 32 z B. l. 5 C. h. l. etc.

1) Bisherige Litteratur: u. a. Dirksen Rhein. Museum I S. 1, über die Eigentümlichkeiten des jus gentium nach den Vorstellungen der Römer; später wiederholt: Vermischte Schriften 1841 S. 200 ff. — v. Savigny Syst. I S. 413, 1. Beil.: jus nat gent. u. civ.; ebenso Bd. I S. 105 §. 22, bes. S. 109—116; Bd. II §. 65 u. 66. — Puchta Curs. I §. 83—85, §. 9, 101 i. f.; Gewohnheitsrecht I S. 28, 22—40. — Walter r. Rechtsgesch. II §. 406. — Voigt, die Lehre vom jus nat. aequ. et bon. und jus gent. 1856, zweiter Teil 1858 etc. — Besonders zu beachten Bruns, Encyclopädie von Ersch u. Gruber s. v. gem. R. Bd. 57 S. 214 ff. — Zur Kritik des Bisherigen vgl. Ihering Geist des r. Rechts II, 2 Vorrede S. XVI f. — Diese bisherige Litteratur leidet unter dem Mangel einer geschichtl. Verwertung des antiken Principes der persönlichen Rechte.

2) Gajus I §. 1; §. 1 J. de jure nat. 1, 2 u. l. 9 D. de j. et j. 1, 1 vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur. Gajus III §. 93 juris gentium sunt, itaque inter omnes homines sive cives Rom. sive peregrinos valent; l. 1 pr. D. 41, 1. Darauf bezieht sich der Wunsch bei Cicero de off. 3, 17: quod civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse „debet."

als solches positiv in Rom wie in der Provinz galt[3]). All' die unzähligen einheimischen wie fremden gentes in Rom bedurften, neben ihrem, für den internen Verkehr dienenden Stammesrechte, von Anfang an zur Vermittlung ihres Rechtsverkehres unter einander eines solchen gemeinen oder gemeinsamen Rechtes.

Ueber die Frage der ersten Anwendung und des unmittelbaren Zusammenhanges dieses jus gentium mit dem ältesten Stammrechte der patricischen gentes in Rom vorerst eine Vermutung. — Mir scheint es allen Ernstes, dass es in Rom eine Zeit gegeben haben musste, in welcher — so sehr auch das Princip der persönlichen Rechte und der Mangel eines commercium eine „materielle" Anteilnahme der Fremden an dem Rechte der Stammbürger hinderte, z. B. der Peregrinen an der Occupation des ager publicus, an den Verträgen der Patricier, — doch „formell" ein, im wesentlichen einheitliches Recht bestand, m. a. W. dass im ältesten Rom das Recht vorwiegend ein jus commune im technischen Sinne des § 5 war, bis dieser Rechtszustand mit dem Eindringen der röm. plebes in das Stammrecht des populus sich änderte. Mir scheint es so insbes. mehr als das Spiel eines blossen Zufalls zu sein, dass das Eigentum[4]) der Patricier, beispielsweise die possessio am ager publicus, sowie das Eigentum der privata plebs dereinst den ganz gleichen Namen führte, wie die possessio des jus gentium; dass die interdicta[5]) des jus gentium zugleich jus publicum und privatum sind und damit zugleich für Patricier und Plebejer in Anwendung gewesen sein werden; dass auch Festus[6]) bestimmt von einer Zeit berichtet, in welcher

---

3) Dessen Geltung in der Provinz ergibt sich z. B. aus den stipulationes juris gentium nach Gajus III §. 93 mit 121, in f. u. 122. Dessen positive Anwendung im allg. ist ersichtlich aus Gajus I §. 80, 84, 85 etc. Für die früheste Zeit wird diese gemeine Geltung des röm. jus gent. bezweifelt von Bruns l. c. S. 214 (mit 213). Darüber der folg. Text. — Dass die Anwendung dieses gem. Rechts in der Provinz nicht eine ausschliessliche war, zeigt Gajus III §. 120 etc.; es galt eben dort neben Particularrechten.

4) v. die Allegate in §. 20 Note 5 §. 11 Note 24, bes. l. 1 §. 1 D. de poss: dominiumque rerum ex naturali possessione cepisse, mit §. 10 Note 26.

5) §. 10 Z. 5 mit Note 9 eod.

6) Festus s. v. status dies. Auch die ältere Bezeichnung für pere-

von Peregrinen gesagt wird: „quod erant pari jure cum populo Romano; ja dass endlich selbst auch das Wort „gentes“, von welchem aller Wahrscheinlichkeit nach der Begriff jus gentium stammt, nach Niebuhrs Entdeckung schon in der Geschlechterverfassung der Patricier sich findet, welche bekanntlich in 3 tribus, diese in je 10 Curien und diese wieder in je 10 Decurien oder gentes sich gliederte. Würde das jus gentium erst den späteren Jahrhunderten Roms angehören, so würde der Name dieses gemeinen Rechts auch weit eher jus inter civitates: ein zwischen den altitalischen Städterechten vermittelndes Recht, als jus inter gentes geheissen haben; denn der Charakter der späteren Rechtsverschiedenheit war, nachdem die Rechtsverschiedenheit der Gentilverfassung der Stadt Rom verschwunden war, weniger mehr eine Rechtsverschiedenheit inter gentes, als inter civitates. — Freilich stossen wir damit wiederholt auf eine ältere Controverse. Puchta [7]) insbes., welcher überdies das jus gentium für ein jüngeres Recht hält, verwahrt sich bereits Dirksen gegenüber gegen eine solche Zusammenstellung. Aber in Rom mögen immerhin auch schon innerhalb der patricischen gentes, — jenen verschiedenen Abstammungen vielleicht latinischen, sabellischen, etrurischen und sonstigen Ursprungs, — die Autonomie des paterfamilias und dessen weitgehende Befugnisse — uti legassit super familia pecuniaque, ita jus esto, bis zum jus vitae ac necis herab, — zu einer Rechtsverschiedenheit geführt haben. Bernhöft [7a]) charakterisiert diese gentes neuerdings sogar als die ersten monarchischen Verbindungen in Rom, als Geschlechter mit nicht mehr nachweisbarer Verwandtschaft, als Verbände für gemeinsame Opfer mit beschliessender Versammlung, ursprünglich wohl auch mit monarchischen Häuptern, wie die Unterkönige bei den Phäaken, aus welchen Vertreter für die gens zu Senatoren gewählt wurden. Unter solchen Umständen wäre es allerdings möglich und wahrscheinlich, dass auch schon diese patricischen gentes verschiedene Stammrechte hatten, dass auch

---

grinus, das Wort hostis (oben §. 6 N. 2) überhaupt deutet auf eine Rechtsgleichheit: Festus s. v. redhostire: nam et hostire pro aequare posuerant.

7) Puchta Curs. I §. 83 Note a mit §. 84, 39 Note b, II §. 236. — Vergl. hieher Niebuhr, die Geschlechter u. Curien; röm. Gesch. 2. Aufl. I S. 317 ff.

7 a) Bernhöft, Staat u. Recht der röm. Königszeit 1882 S. 127 etc. — Ueber die Strafgewalt des paterfamilias Rudorff r. Rechtsg. II S. 326.

sie ebendeshalb zugleich eines gemeinen oder gemeinsamen jus gentium zum wechselseitigen Verkehre (inter gentes) bedurften, ja dass allenfalls ein einheitliches Stammesrecht für die röm. Vollbürger überhaupt erst mit dem, durch die plebs veranlassten, jus civile in Rom begann, so dass von da an erst der Name des Rechtes der früheren Gentilverfassung auf den gegenseitigen Verkehr zwischen den nun vereinten cives und den übrigen Peregrinen beschränkt worden wäre. Dann müsste es allerdings richtig sein, dass das jus gentium in der That schon zur Zeit der patricischen gentes bestand.

In keinem Falle indes kann es sein, dass dies jus gent., wie Puchta zu glauben scheint, erst etwa seit dem 6. Jahrhunderte der Stadt entstand. Welchen Anfangspunkt wir nämlich auch wählen, soviel steht fest, dass diesem gemeinen jus gentium von allen Ueberlieferungen der Römer das höchste Alter unter den überlieferten Rechten Roms vindiciert wird; ein höheres, als dem röm. jus civile [8]). Und wohl mit Grund; die gegenteilige Annahme unserer besten Juristen [9]), welche umgekehrt das jus gentium aus dem jus civile sich entwickeln lässt, verdankt ihre Entstehung wohl dem Grundirrtume einer vermeintlichen Einheit der röm. Rechtsentwicklung und der Nichtbeachtung des antiken Principes des persönlich verschiedenen Rechtes in Rom. Abgesehen von den direkten Ueberlieferungen würden dies hohe Alter schon die ewigen volkswirtschaftlichen Gesetze [10]), die Grundbedingungen des Verkehrs und Handels ergeben, welche jedes Volk zur Befriedigung seiner Bedürfnisse auf den Verkehr mit fremden Völkern anweist. Die Entstehung eines solchen Verkehrsrechtes von Anfang an ist volkswirtschaftliche Notwendigkeit bei einem Nomadenvolke, geschweige denn in der Stadt Rom, welche die

---

8) Gajus l. 1 pr. D. 41, 1. Et quia antiquius jus gentium cum ipso genere humano proditum est — §. 11 J. rer. divis. 2, 1: palam est autem, vetustius esse jus naturale (zuvor: quod, sicut diximus, appellatur jus gentium). Pomponius de orig. jur. l. 2 §. 6 D. 1, 2: nata sunt l. XII tab, ex his fluere coepit jus civile; vgl. Paulus l. 1 §. 1 D. 41, 2. Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse. Cicero de off. 3, 17 bestätigt wenigstens allgemein: Itaque majores aliud jus gentium aliud jus civile esse voluerunt; vgl. §. 20.

9) Savigny Syst. Bd. I S. 109—110; Puchta Curs. I §. 84 Abs. 2 und 4, 5. Walter Gesch. d. r. R. II §. 406. Vgl. oben §. 1 N. 33.

10) Treffend Ihering Geist des r. R. II, 2 Vorrede S. XVII.

bisherige Geschichtsforschung schon als geordnetes Gemeinwesen erstehen lässt. Dauernden Ersatz für notwendige Handelsbedürfnisse konnte den Römern weder der, anfänglich kleine Umfang ihres Stadtgebietes, noch auch selbst die auswärts bezogene Beute gewähren. So wäre es u. a. kaum denkbar, dass es das zu seinen Kriegen benötigte Erz, das Gold, mit dem es seine Könige, Tempel und Heiligtümer schmückte, aus den Adern seiner Berge, dass es das in den ältesten Gesetzen erwähnte Elfenbein auf seinem eignen Gebiete gewann, dass Rom allein den Verkehr mit den regen Handelsvölkern des Altertums, den Phönikern, Karthagern, den Griechen und ihren Colonien ausgeschlossen hätte u. s. w. — Auch die Ueberlieferungen über stete Beziehungen Roms zu den Fremden ergeben dies Alter seines Verkehrrechtes; so vor allem die Völkerbündnisse [11]): mit den Carthagern vom Jahre der Stadt 245, mit den Latinen von 260, mit Antiochus, Alba etc.; desgleichen die uralten Institute der Gastfreundschaft, der applicatio und Clientel [12]), die, ursprünglich für Streite mit den Peregrinen bestimmte recuperatio [13]), endlich die Erwähnung der rechtlichen Beziehungen zu den Fremden und hostes in den ältesten Rechtsüberlieferungen, wie beispielsweise in den XII Tafeln [14]). All' diese Umstände ergeben selbst ein nachweisbares Alter weit über das 6. Jahrhundert der Stadt zurück.

---

11) Polyb. III. 22 etc. Rudorff r. Rechtsg. I § 1 Note 14. Walter Gesch. d. r. R. I §. 75 ff.

12) Walter I §. 77, 94; Puchta Curs. III §. 296 I §. 42 ff.

13) Nach Huschke re-cis-parare. Festus s. v. reciperatio. Keller r. Civilprozess §. 8. Rudorff r. Rechtsg. I §. 1 Note 15 u. 16 — Ihr verdankt u. a. ein Interdikt der possessio seinen Namen: das interd. recuperandae possessionis. —

14) Vgl. oben §. 6 Note 2 mit Cicero de off. III 31. Id indicant leges in XII tab, indicant sacratae, indicant foedera, quibus etiam cum hoste devincitur fides; I, 12 Itemque adversus hostem aeterna auctoritas. – Servius ad Virgil. Aen. VI 609 u. 610: Ex lege XII tab. venit, in quibus scriptum est: patronus, si clienti fraudem fecerit, sacer esto.

Erste Anfänge einer Verkehrsvermittlung zwischen den rechtlich getrennten Stämmen Roms durch das jus divinum.

§. 13.

Die ersten Anfänge einer Vermittlung der Rechtsbeziehungen der Volksabstammungen in Rom scheint die Religion, das jus divinum mit seinen Unterarten: dem jus sanctum, sacrum und religiosum herbeigeführt zu haben. So in dem Schutze des Vermögens der Fremden durch die Priesterrechtspflege der pontifices, der Auguren etc., in dem Bestehen von sacra privata, in dem altitalischen Fetialrechte, in der clarigatio u. s. w. [1]).

Ueber die Wirkungen des jus sanctum und der sanctio speciell auf die Fremden in Rom haben wir uns schon oben §. 8 verbreitet. Vor allem aber das jus sacrum scheint den Fremden einen ersten indirekten Ersatz für das mangelnde commercium geboten und fast das ganze Privatrecht, insbes. das Vermögens- und Familienrecht in seinen Schutz genommen zu haben [2]), so dass durch dasselbe die Einführung von Fremden nach Rom begünstigt und ebendeshalb die Einführung von sacra privata für Fremde alsbald der Controle des herrschenden populus unterstellt werden musste [3]). Dasselbe gab vor allem selbst Verträgen eine heilige Garantie mittels Eiden: sacramentum und fides [4]). Ebenso garantierte dasselbe das Eigentum, welches gegen Entrichtung einer Abgabe an die Priester eine res sacra wurde. Solche sacra konnten dadurch nie von den Quiriten usucapiert werden [5]), ihr Verletzer

---

1) Ueber das jus divinum, über dessen Vertretung des öffentlichen Rechts im alten Rom und die Bedeutung des Wortes privatus bei den sacra privata v. oben § 9. – Ueber die Priesterrechtspflege u. a. Puchta Curs. I §. 41 zu Note u – z. — Ueber das Fetialrecht und die clarigatio: Puchta C. I §. 83, Rudorff r. Rechtsgesch I §. 1 Note 13 §. 43 N. 1.

2) Cicero de leg. II, 9. Sacra privata perpetuo manento. Sacrum sacrove commendatum qui clepserit rapseritque, parricida esto. Nach Pomponius l. 2 §. 6 D. de orig jur. 1, 2 war früherhin auch das praeesse „privatis“ (§. 9—10) Aufgabe der pontifices; über deren Rechtsgebiet: Puchta Curs. §. 42 zu Note v u. folg.

3) Darüber oben §. 6 Note 14.

4) Puchta C. I §. 40 a. E. Vgl. unten §. 18 Note 42.

5) Gajus II §. 48 u. 9. Grund: quod autem divini juris est, id nullius in bonis est.

ward als parricida gestraft (Note 3); nur im Erbgange konnte eine usucapio lucrativa eintreten, wie Gajus II, 55 besagt: ut essent, qui sacra facerent, uud das jus sacrum scheint so auf diesem Wege auch einen Uebergang auf die Erben vermittelt zu haben [6]); abgesehen davon ermöglichte der, noch in den XII Tafeln garantierte Satz: etiam cum hoste devincitur „fides", den Peregrinen zweifellos eine Zeit lang, bis auf Hadrian, selbst eine Vererbung mittels Fideicommissen [6a]), obgleich ihnen keine sonstige testamentifactio mit cives zustand. Nicht bloss der Fremde ferner, sondern umgekehrt selbst auch der patricische Patron unterlag gegenüber seinem peregrinen Clienten diesem jus sacrum [7]). So erklärt es sich u. a., warum geschichtlich nachweisbar insbesondere auch die plebs, solange sie als privata plebs den Fremden beizuzählen war, durch dieses jus sacrum, durch sacrosanctio und sacratae leges geschützt ward; denn das Bedürfnis gemeinsam bindender Gesetze auch gegenüber den fremden Stammesgenossen, welch' letztere damals nach dem Principe der persönlichen Rechte der lex des populus noch nicht unterworfen waren (§. 8), führte ohne Zweifel u. a. zu jenen leges sacratae, welche nach der 1. Secession auf den heil. Berg unter der Diktatur des M. Valerius a. u. 260, solange noch die XII Tafeln den Plebejern keine verfassungsmässige Grundlage boten, die Einsetzung von, für Patricier und Plebejer gemeinsam massgebenden Tribunen und Aedilen bewirkten [8]). —

Bezüglich der Verwertung dieses jus divinum im allgem. lässt noch Cicero den Marcus poeta sagen, dass unter den religiösen jura die sacra die wichtigsten seien, und auch Gajus spricht von einer summa observatio der sacra zur Zeit der XII Tafeln [9]).

---

6) v. Note 2 u. Gajus II §. 54, 55; Puchta Curs. III §. 153 Note b und Text.

6a) Gajus II §. 285 mit Cicero de off. III c. 31; über hostis als Peregrine §. 6 Note 2; vgl. §. 1 N. 20, 16 u. f. §. 18 Note 45a).

7) Servius ad Virgil Aen. VI 609. Ex lege inquit XII tab. venit: — Patronus, si clienti fraudem fecerit, sacer esto; v. Puchta C. I §. 42 Note d.

8) Rudorff r. Rechtsgesch. I S. 19 S. 18 Note 8. Puchta Curs. I §. 45 cf. Festus s. v. sacratae leges, quibus sanctum est, qui quid adversus eas fecerit, sacer alicui deorum sit cum familia pecuniaque. Im allg. v. auch Festus s. v. sacer.

9) Cicero de leg. II, 19. — Gajus II §. 55.

Auch den materiellen Schutz der possessio speciell durch eben dies jus sacrum bestätigt u. a. Vegoia apud Goes p. 258: Qui contigerit moveritque possessionem, promovendo suam, alterius minuendo, ob hoc scelus damnabitur a Diis; ferner Festus v. „peregrinus ager" secundum Augures publicos est ager pacatus extra Rom. et Gabin., qui usu et jure Augurum a peregrino discernitur; endlich wohl der Umstand, dass die Rechtsmittel der possessio, die interdicta, noch zur Zeit des Paulus und Ulp. an res divinae und sacrae möglich sind[10]).

Ebenso unterlag der processuale Schutz der ältesten possessio des jus gentium zweifellos dem jus divinum, wie sich, abgesehen von den in Note 10 allegierten Belegen, auch noch aus folgendem ergeben dürfte. Die interdicta, diese Rechtsmittel des jus gentium §. 18, enthielten eine jedesmalige denuntiatio[11]). Diese denuntiatio oder nuntiatio ferner, welche uns noch in den Begriffen litis-denuntiatio, operis novi nuntiatio erhalten ist, war nach Festus[12]) eine „condictio" in diem certum, d. i. eine Vorladung zu Gericht auf einen, jedesmal erst zu bestimmenden Tag, wohl im Gegensatze zu den ein für allemal festgesetzten dies fasti des jus civile. Gellius nun berichtet noch von einer Zeit, in welcher diese condictio oder denuntiatio die Priester[13]) besorgten.

---

10) l. 1 pr. l. 2 §. 1 u. 2 D. de interd. 43, 1; bes. Paul. l. 2 §. 2 h. l. Sed et illa interdicta, quae de locis sacris vel religiosis proponuntur, veluti proprietatis causam „continent"; m. vgl. ferner das interdictum, ne quid in loco sacra fiat, in tit. D. 43, 6 (Rudorff r. Rechtsg. II S. 184).

11) §. 1 in f. J. de interd. 4, 15: Sunt, qui putent, proprie interdicta ea vocari, quae prohibitoria sunt, quia interdicere est denuntiare et prohibere. Ueber die nuntiatio in der operis novi nuntiatio, welche gleichfalls nur die possessio oder quasi-possessio schützte, vgl. l. 1 §. 7, l. 5 §. 7 D. quod vi aut clam 43, 24 etc. Rudorff über das Nunciationsverfahren im Jahrbuch v. Bekker u. Muther Bd. 4 S. 122 ff. Seitz, zur Kritik der heutigen Negatorienklage etc. S. 100 f.

12) Paul. Diac. ex Festo: condictio: in diem certum ejus rei, quae agitur, denuntiatio: cf. §. 15 J. de act. 4, 6. Dieser Gerichtstag wurde für hostes oder Peregrinen (nach Festus: status dies cum hoste, Cicero de off. I, 12), jedesmal erst festgesetzt, während für die civilis legis actio bekanntlich die, von den Priestern ein für allemal feststehende Ordnung von dies fasti bestand, welche erst von dem scriba des Appius Claudius, dem Gnaeus Flavius öffentlich bekannt gegeben wurden; §. 1 Note 27.

13) Gellius X, 24: Sacerdotes quoque populi Romani, quum condicunt in diem tertium, diem perentini dicunt. Vielleicht, dass das

Auf diese Weise scheinen, — etwa bis zur Einführung der Prätur, — die Priester das interdicere, denuntiare, condicere oder die gesamte Rechtspflege des jus gentium mitbesorgt zu haben; denn diese bestand ursprünglich ausschliesslich in Gewährung von Interdikten der possessio §. 15—17. — Dabei darf uns auch nicht irreführen, dass der Begriff condicere später nicht mehr bloss für dingliche Klagen der possessio, sondern auch auf persönliche Klagen angewendet wurde; denn Just. wie Gajus bestätigen ausdrücklich, dass dieser Begriff erst später eine Wandlung vollzogen habe und abusive nun auf persönliche Klagen angewendet wurde [14]. — Endlich werden wir in §. 18 ersehen, dass nicht bloss die Gewährung dieser interdicta in jure, sondern auch die Gewährung der ersten „judicia" nach jus gentium für plebs und Peregrinen das jus divinum mittels des religiösen Eides vermittelt haben dürfte.

Rechtsquelle des profanen jus gentium. Dessen Verhältnis zum jus naturale. Possessio naturalis.

§. 14.

Ein Teil der röm. Juristen anerkennt neben dem jus civile Roms nur noch ein jus gentium, somit nur eine Zweigliederung, ein anderer Teil sowohl dieses jus gentium, als ein besonderes jus naturale, somit eine Dreigliederung des Rechts. Savigny [1] con-

---

allgemeine Verfahren der spectio und nuntiatio, von welchen die spectio dem magistratus, die nuntiatio den Auguren oblag (Cicero Philipp. II, 32 und Festus s. v. spectio, Puchta Curs. I §. 79 Note e), wie für andere Akte, so speciell auf die Prozesseinleitung mittels nuntiatio oder condictio Anwendung fand. Cicero de leg. II, 12 spricht wenigstens von der Befugnis der Auguren: cum populo, cum plebe (privata?) agendi jus aut dare aut non dare.

14) §. 15 J. de act. 4, 6 Condicere enim est denuntiare prisca linqua; nunc vero abusive dicimus, condictionem actionem in personam esse. — Nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit. — Aehnlich Gajus IV §. 18: nunc vero non proprie condictionem dicimus actionem in personam esse, qua intendimus, dare nobis oportere: nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.

1) Savigny in einer eignen I. Beilage seines Syst. Bd. I S. 413 ff.

struiert aus dem jus tripertitum der letzteren Anschauung drei Zeitalter, stellt als Repräsentanten der zweigliedrigen Einteilung des Rechts: Gajus (2. Jahrh. n. Chr.), Modestin, Paulus, Licinius Rufus, Marcian, Florentinus (Zeitgenossen Ulpian's) auf, welchen überdies wohl alle früheren Schriftsteller, namentlich Cicero[2]) beizurechnen sein werden, — als Repräsentanten der 3gliederigen Einteilung dagegen die, zumeist späteren Juristen: Ulpian († 228), Hermogenian (um 365) und Tryphonin (um 211), und bezeichnet die letztere Einteilung als eine „Couriosität“, somit gewissermassen als eine Antinomie.

Diese, auch von Just. überlieferten Gegensätze sind indessen seitdem u. a. schon von Puchta[3]) befriedigend erklärt. Sie entstanden durch eine „Veränderung“ der röm. Verhältnisse und dürften sich hier auf geschichtlichem Wege noch näher erklären lassen. — Die ältere Jurisprudenz musste nämlich das positive jus gentium noch leichter mit der natura für identisch halten können. Denn das Recht für den Peregrinenverkehr war anfänglich ein „ungeschriebenes“ Recht, welches die Römer bei dem Mangel aller fixierter Feststellung sich vermeintlich unmittelbar aus ihrer natura oder naturalis aequitas[4]) ableiteten. Sie glaubten eben, was sie so selbst ohne alle geschriebene Satzung unmittelbar aus ihrer eignen inneren Ueberzeugung als Recht verkündeten, müsse mit dieser ihrer Anschauung von natura und aequitas identisch, müsse selbst ein jus naturale sein. Diese Gestaltung der Dinge aber musste sich ändern, je mehr das ursprünglich, vermeintlich aus dem eignen Innern entnommene, subjektive Recht

---

2) Cicero de part. or. c. 37 (Sav. Syst. I S. 109 N. m) lässt alles Recht nur aus der lex, d. i. den XII Tafeln oder dem jus civile überh. und der natura entstehen. Cic. de offic. 3, 5: neque hoc solum natura, id est jure gentium, sed etiam legibus; ähnlich 3, 17, vgl. de inventione II, 22, 53, 54; autor ad Herenn. II, 13. In prakt. Anwendungen beruft sich Cicero vielfach neben dem jus civile direkt auf die aequitas, welche dem jus naturale gleichsteht (v. Note 4); z. B. in d. gerichtl. Rede contra Rullum.

3) Puchta Curs. I §. 101 i. f. u. §. 84.

4) Mit der aequitas identificieren das jus gentium z. B. noch Cicero, der sich in gerichtlichen Reden direkt auf diese aequitas beruft (Note 2); Frontinus p. 36, 8 Lachm., welcher die in rem actio vor dem praetor peregrinus nach jus gentium eine vindicatio ex aequo nennt (Rudorff zu Puchta Curs. II § 235 N. g.); Paulus l. 11 D. 1, 1: cum id, quod semper aequum ac bonum est, „jus dicitur“ — est jus naturale (= gentium).

niedergeschrieben und damit überhaupt näher stabilisiert, dem Selbstfinden des Rechtsprechenden entrückt ward. Da musste es jedem alsbald auffälliger werden, wie — „geschichtlich positives" Recht und Philosophie oder „Naturrecht" des Einzelnen — zwei verschiedene Dinge sind; dass z. B. das positive Zurechtbestehen der Sklaverei nach j. gent., die starren Formen der stipulationes des jus gentium[5]), der Rechtssatz, dass das Eigentum nach jus gentium erst mit Zahlung des Kaufpreises übergehe etc., doch immerhin aus Philosophie oder natura allein sich nicht finden lassen konnte; wie wir alsbald unten sehen werden, es musste eine nähere Erforschung des Rechtes ergeben, dass in jedem Rechte „Bestandteile" existieren, welche sich durch natura und Philosophie allein überhaupt niemals positiv feststellen lassen; z. B. auch Termine, Altersabstufungen der Grossjährigkeit etc., Verjährungs- und Ersitzungsperioden etc. — Ein erster äusserer Anstoss zu einem derartigen Umschwunge der röm. Anschauung musste namentlich schon seit dem 6. Jahrhunderte der Stadt durch die Schaffung eines eignen praetor peregrinus sich ergeben, in dessen Edikte wie in den Edikten der Magistrate der Provinz das jus gentium wohl zuerst allmählig zu einem fixierten, nicht mehr unbedingt der jeweiligen subjektiven aequitas willfährigen Rechte aufgezeichnet werden musste; ein weiterer dadurch, dass, (wenn auch früherhin die lex des populus ohne besondere sanctio die Peregrinen nicht band, doch alsbald) die Kaisergesetzgebung auch für dieses jus gentium positiv bindende Gesetze schuf (§. 8); endlich zeichnete schliesslich die Jurisprudenz selbst das jus gentium auf, und trug dieselbe so selbst zu dessen äusserer Feststellung bei; namentlich geschah dies ja bekanntlich durch den Provincialjuristen Gajus[6]), welcher einen Commentar zum Provincialedikt in 32 Büchern

---

5) Gajus III §. 93. Obgleich schon Cicero de invent. II, 53, 54 (Sav. Syst. I S. 145 N. c) die natura von dem Gewohnheitsrechte (consuetudo) zu unterscheiden beginnt, mischte sich so selbstverständlich doch von jeher unbewusst viel reines Gewohnheitsrecht in die röm. Rechtsprechung aus der naturalis ratio. Vgl. Note 7.

6) Die hervorragende Bedeutung des, von Gajus bearbeiteten jus gentium für den grösseren Teil des röm. Reiches — denn nur dessen kleineren Teil beherrschte das jus civile — erklärt vielleicht, warum den Schriften des Gajus, welcher ursprünglich nicht einmal jus respondendi hatte, (v. Puchta C. I §. 99 u. 134), in dem Citiergesetze des Theodosius und Va-

schrieb. Damit musste sich den späteren Juristen zur Zeit Ulpians [7]) mehr und mehr der Unterschied zwischen positiv fixiertem jus gentium und philosophischer natura zeigen, und die Unterscheidung eines 3 gliedrigen Rechtes entstehen, welches das frühere jus gentium jetzt in das engere, positiv fixe jus gentium und die subjective natura spaltete. — Diese Unterscheidung war zwar freilich keine Antinomie im Sinne Savigny's, sondern objektiv: eine teilweise Aenderung der „thatsächlichen" Verhältnisse, und subjektiv: ein, geschichtlich nicht minder wahrnehmbares Fortschreiten der subjektiven, menschlichen „Erkenntnis" vom Rechte, an dessen Wahrnehmung wir Deutsche noch bis in dieses Jahrhundert arbeiten.

Stellen wir uns nun auch diejenigen Rechtsbestandteile, aus welchen die Römer sich ihr jus naturae zusammengesetzt gedacht haben mussten, bestimmter fest, und: übersetzen wir zu dessen Erklärung uns zugleich diesen geschichtlichen Begriff in unsre eigenen Zeitströmungen, — soferne dies jetzt unsre Unbefangenheit vermag. — Sobald alsdann ruhigere Erforschung der Dinge die, hier und dort bei uns noch immer gährenden, Gegensätze zwischen Naturrechts- und älterer historischer Schule völlig ausgeglichen haben wird, wird eine objektive, von Parteitendenz unentwegte Geschichtsforschung die äussere Erscheinung des röm. Gegensatzes — zwischen röm. natura und dem jus civile oder der lex — vielleicht mehr oder weniger in denselben Gegensätzen wiedererkennen und mittels derselben erklären können, welche man sich in Deutschland (auf jeder Seite einseitig) vor Augen gestellt haben musste, als man jene eben erwähnten beiden feindlichen Rechtsschulen schuf. Ein eingehenderes Verständnis dürfte jetzt einigermassen diese Vergleichung erheischen, so sehr sich auch bisher der Parteieifer der herrschenden älteren histor.

---

lentinian von 426 n. Ch. gleiche Gesetzeskraft mit den übrigen Juristen beigelegt (c. 3 C. Theodos. de resp. prud.), dass dieser Commentar des Gajus im index Florentinus vor dessen übrigen Schriften erwähnt wurde, und dass derselbe in den Just. Institutionen und Pand. hervorragende Verwertung fand.

7) V. §. 2 J. de j. nat. 1, 2 (sc. jure gentium) bella orta sunt, et captivitates sequutae et servitutes, quae sunt naturali juri contrariae, mit Ulp. l. 4 D. J. et J. 1, 1: utpote, cum jure naturali omnes liberi nascerentur — posteaquam j. gent. servitus invasit.

Schule gegen irgendwelche Analogie zwischen „römischer natura“ und „modernem Naturrechte“ gesträubt[8]).

Bereits anderwärts nämlich habe ich zu zeigen versucht, wie das Recht, schon seinem physiologischen Baue nach, 2 völlig verschiedene Arten von Rechtsbestandteilen[9]) ersehen lässt, welche zur ihrer Regelung teils einer natura, teils einer Geschichte bedürfen, oder sie umgekehrt ausschliessen. Es existieren ihrer Natur nach:

1) fixe, von mir früher „absolut positive“ genannte, Rechtsbestandteile; diese können nach geschichtlicher Erfahrung wie täglichem Augenscheine nur durch die, in der Geschichte äusserlich hervortretende „Thatsache“ einer Gesetzgebung oder eines Gewohnheitsrechtes, nie durch natura oder Philosophie, positiv geregelt und bestimmt festgestellt werden: z. B. äussere Formen der Rechtsgeschäfte: der röm. Stipulation, des Mechanismus eines modernen Hypothekenrechtes oder Grundbuches, Bestimmungen über dessen Eintrag, Uebertrag, Löschung etc.; ferner: Zahlenbestimmungen des Rechtes, wie die generelle Feststellung der Jahre der Pubertät und der Grossjährigkeit, ob letztere gerade mit 18, 21, 25 Jahren beginne, der Eidesfähigkeit; Verjährungs- Ersitzungsperioden; Polizeibestimmungen des Rechts: eine lex Papia Popaea, ein Sc. Macedonianum u. s. w.; an deren positiver Feststellung würde wohl jede Philosophie zu schanden werden;

2) flüssige oder sog. relativ positive Rechtsbestimmungen; diese lassen sich umgekehrt nur aus natura oder inneren Gründen, einer Art Philosophie, ermitteln oder im Sinne Iherings „construieren“, nicht wohl mehr durch einen Machtspruch des Gesetzgebers diktieren oder durch blinde Gewohnheit, wie z. B. eine Talion etc. etc.

---

8) z. B. Rudorff r. RG. I S. 4; objektiver Puchta Curs. I. §. 84 vorletzter Absatz. Es mag zugegeben werden, dass eine Missanwendung des Naturrechts eine blosse „aprioristische Construktion“, wie Windscheid Pand. §. 23 annimmt, gegenüber einem Geiste des Rechtsganzen oder auch einer thatsächlichen Erscheinung sein kann. Aber es gibt eben anderseits auch Arten von Rechtsfragen, welche der starrste Historiker bei dem Mangel anderer Entscheidungsnormen niemals anders, als a priori, wird lösen können; davon unten.

9) Vgl. meine Schriften: Zur Kritik der heut. Negatorien- und Confessorienklage 1873 S. 77 und Untersuchungen über die heut. Schmerzengeldklage 1860 S. 68—69. Vgl. auch Savigny Syst. I S. 36, 41; Beruf unsrer Zeit für Gesetzg. u. Rechtsw. §. 3 u. 8, 3. Aufl. S. 16, 17, 131 f.

definitiv lösen. Dieselben sind ebendeshalb auch stets nur „relativ“, nämlich nur so lange als positives Recht festzuhalten, als nicht bessere Einsicht, bessere innere Gründe und Ueberzeugung, eine bessere Entscheidung gebieten. Das Verständnis und die juristische Begriffsentwicklung dieser Rechtsstoffe ist daher bei dem Emporblühen einer Rechtswissenschaft an den Gerichten und Lehrstühlen in ständigem Fortschreiten begriffen; bei dem Verfalle einer Rechtswissenschaft umschliesst sie immer dichter der Schleier eines Unverständnisses. — Solche Rechtsbestandteile sind u. a. beispielsweise: blosse Definitionen des Rechts oder andere, auf rein wissenschaftlicher Begründung ruhende Fragen z. B.: welche Stellung ein Recht im Rechtsysteme einzunehmen habe, ob als öffentliches oder Privatrecht, ob als dingliches oder persönliches Recht; ferner etwa, ob die negatoria und confessoria (als Anspruch auf negative Abwehr von Störung des erworbenen und auf positive Zuerkennung des noch nicht erworbenen Rechtes) eine blosse negative und positive oder affirmative „Eigenschaft“ (ein Adjektivum) einer jeden Klage aus erworbenen Rechten, oder ob sie eine selbstständige Klage, verschieden von der zugleich positiven und negativen Eigentumsklage, Servitutenklage etc. bilde; wie sich die Begriffe dolus, (in unsrem Strafrechte erst neuerlich wieder in „Absicht“ und „Bewusstsein“ geteilt), culpa, Zufall, Versuch, Vollendung ausscheiden u. s. w. Solche Fälle sind es, in welchen immer wieder nur der bessere innere Grund, niemals willkürliches Machtgebot des Gesetzgebers oder noch so eingerostete Gewohnheit entscheiden k a n n und von welchen u. a. die Römer uns sagen: jure „civili“ (d. i. in der lex) omnis „definitio“ periculosa; denn historisches Gesetz und Gewohnheit würden solchen Fragen sowenig zu Wahrheit und zu richtigem Rechte verhelfen, wie wenn etwa beide feststellen wollten, dass das, was nur physikalisch erkennbar, was in Wirklichkeit etwa schwarz ist, „gesetzlich“ als weiss zu gelten habe, dass irgend ein Stoff ein Element sein müsse u. s. w.

3) Zwischen diesen beiden Extremen endlich bewegt sich eine 3. grosse Masse, welche wir hier n e u t r a l e oder indifferente Rechtsbestimmungen nennen wollen, und welche b e i d e Gestaltungen zulassen; welche somit entweder durch Gesetz oder Gewohnheit unbedingt bindend fixiert werden können, oder bei dem Mangel einer solchen Fixierung auch eine blosse relative Feststellung durch die natura, die sog. inneren Gründe der Rechtswissenschaft der Gerichtshöfe (Präjudicien) oder der Rechtslehre

zulassen, wenn auch alsdann freilich diese Feststellung häufig nur eine controverse sein kann. Beispiele einer verschiedenen Regelung solcher Rechtsbestimmungen bieten die meisten Bestimmungen des heutigen gem. röm. Rechts im Gegensatze zu den gleichen Rechtsbestimmungen des bisherigen sog. deutschen Privatrechts des gem. Rechts. In diesem letzteren ist nämlich absolut nichts fixiert, als das nackte Dasein des Institutes; z. B. die gemeinrechtlichen Institute des Schmerzengeldes, Erbvertrages, der Reallasten u. s. w. an sich stehen zwar durch Gewohnheitsrecht gemeinrechtlich fest; alle einzelnen Rechtssätze dieser Institute aber über Entstehung, Untergang, Natur der Klagen etc. etc., dieselben Rechtssätze, welche bei den analogen röm. Instituten gesetzlich fixiert feststehen, erscheinen bei diesen noch flüssig und unfixiert.

Aus diesem geschichtlichen und naturgeschichtlichen Gegebensein „verschieden gearteter“ elementarer Grundbestandteile des pos. Rechts aber, welche unabweisbar eine verschiedene positive Darstellung mittels oder ohne natura erfordern, dürfte sich zunächst eine gewisse Einseitigkeit jeder der beiden Schulen unsrer letzten Jahrhunderte: der historischen wie der Naturrechtsschule sichtbar zeigen, welche uns eine erschöpfende Erklärung des späteren röm. Gegensatzes einer natura gegenüber dem sonstigen, positive fixierten jus gentium nicht unbedingt gestatten würde. Es dürfte einseitig sein, wenn jede von beiden Schulen alles Recht n u r aus je einem der beiden Extreme ableiten zu können vermeinte: die historische alles Recht nur aus historischem oder thatsächlich fixem Rechte, die Naturrechtsschule nur aus flüssiger natura. Das Richtige vielmehr dürfte sein, dass das positive Recht die Elemente unter 1 durchgängig und notwendig nur aus historischem Boden, aus G e s e t z oder G e w o h n h e i t, die Rechtselemente unter 2 durchgängig nur aus inneren Gründen: der flüssigen n a t u r a ableiten k a n n, dass somit eben diese römische natura als eine d r i t t e, s e l b s t ä n d i g e R e c h t s q u e l l e n e b e n G e s e t z u n d G e w o h n h e i t zu erklären sein wird, welche die Neueren nur bisher zum Teil anders, z. B. mit „Natur der Sache“, „Recht der Wissenschaft“, „Juristenrecht“ u. s. w. (vgl. Note 11) bezeichneten.

Ein unparteiisches Urteil der Geschichtsforschung wird daher allerdings vielleicht, um diese Erklärung des röm. Gegensatzes eines fixierten jus gent. gegenüber der flüssigen natura durchzuführen, der

Naturrechtschule u. a. dereinst entgegenzuhalten haben, dass sie seinerzeit die natura nicht richtig beschränkt, dass sie nicht selten, ohne es zu wissen, — ihrem eigenen Principe untreu, — kein „Naturrecht“ angewendet haben musste; so in allem fixen Rechte unter 1, weil dieses durch Philosophie oder Naturrecht niemals festzustellen wäre; überdies, dass sie diese ihre natura selbst weniger juristisch, als die Römer, aufgefasst, dass vielmehr der revolutionäre Geist des Jahrhunderts, welcher bei ihrer Geburt Ammendienste verrichtete, sie nicht selten zur Überschreitung der, ihr angewiesenen Schranken verleitete, indem sie auch die, zwar an sich neutralen und unter anderen Umständen zur Regelung durch natura befähigten Rechtsbestimmungen der dritten Art, welche aber durch die recipierte röm. Gesetzgebung nun einmal bereits gesetzlich fixiert feststanden, dennoch nach subjektiven Gründen zu regeln versuchte, während eine solche Regelung eben da, als unzulässige Willkür, gegen das positive Recht verstiess. — Der älteren historischen Rechtsschule dagegen dürfte u. a. dereinst anderseits nicht minder entgegenzuhalten sein, dass auch sie bei den, an sich flüssigen Rechtsbestandteilen unter 2 nicht in der Lage gewesen sein konnte, lediglich ein, durch ihre Geschichte fixiertes Recht anzuwenden; dass sie vielmehr hier ihrem Schulprincipe entgegen dasselbe flüssige Recht und dieselbe „natura“ dennoch in Anwendung brachte, welche sie allzu reaktionär vermöge ihres einseitigen geschichtlichen „Principes“ als Naturrecht auch da verpönte, wo dieses — geschichtlich wie durch Naturnotwendigkeit — von jeher und auch bei ihr selbst allerdings fortwährend in Anwendung war; dass sie es verpönte, obgleich für diese Fälle vor allem auch in der natura von den Römern selbst ein Naturrecht als wirkliche positive Rechtsquelle von jeher anerkannt ward. Auch ist dieser Schule zu entgegnen, dass wohl dasjenige Recht, welches in den Fällen 2 und 3 bei dem Mangel jeder positiven Fixierung als natura wirklich zur Anwendung kommen musste, nicht, wie nach Savigny's Schulanschauungen, subjektive „Willkür“ ist: Es ist vielmehr subjektiv, ohne Willkür zu sein; es ist zwar immerhin in der That ein Ausfluss subjektiven Ermessens des Richters oder der Theorie der Universitäten; denn eine andere Norm, als das beste Dafürhalten des Subjektes des Rechtsprechenden und der Theorie der Lehrbücher a priori ist da eben überhaupt nicht vorhanden; aber es ist der Ausfluss nicht eines willkürlichen, subjektiven Ermessens, sondern so zu sagen eines: bindenden „Ge-

wissens und — um mit den Römern [9a]) selbst zu sprechen — einer „ars“ boni et aequi des Subjektes der Juristen, der Priester des Rechtes; dies aber ist ebensowenig subjektive Willkür, wie beispielsweise das gleichfalls subjektive Feststellen etwa eines gelieferten Beweises durch den Richter etc. Etwas anderes, als diesen Ausfluss der „bindenden“ Wissenschaft des Rechtes, eine blosse Willkür, konnte in diesen Fällen auch die Naturrechtsschule nicht ernstlich wollen, und anders, als subjektiv konnte eben in den Fällen 2 die ältere historische Schule selbst niemals verfahren. Beispiele einer Anwendung einer nicht historisch fixen, sondern subjektiv flüssigen röm. natura durch die historische Schule selbst sind etwa folgende. Im sog. gem. deutschen Privatrechte entbehrt, wie bemerkt, der ganze innere Ausbau der allerdings positiv fixen Institute nichtsdestoweniger fixer einzelner Rechtssätze über Erwerb, Verlust etc. Da sehen wir denn unter der Herrschaft der historischen Schule den Mitbegründer von Savigny's Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Eichhorn selbst, bei dem Fehlen anderer Normen nicht zu einer fixen Geschichte, sondern nur wieder auf Runde's „Natur der Sache“ zurückgreifen [10]), auf dasselbe, was die röm. natura und richtig begrenzt das heimische Naturrecht wollte. Ebenso stellt der Historiker Puchta [11]) ein sog. „Recht der

9a) l. 1 pr. u. §. 1 D. J. et J. 1, 1.

10) Eichhorn, über das geschichtliche Studium des deutschen Rechtes; Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. 1815 Bd. I S. 131 u. 127 ff. — Runde, Grunds. d. gem. d. Privatrechtes §. 80.

11) Puchta, Pand. §. 16. Vorlesungen hiezu etc. — Es bestünde meines Erachtens eine Lücke, wenn wir nicht neben Gesetz und Gewohnheit als eine dritte selbständige Rechtsquelle das Recht der Wissenschaft Puchta's, — diese natura, unter welche sich alle übrigen Begriffe subsumieren, und welche die Neueren, z. B. auch Windscheid, Pand. §. 16 N. 8 „Juristenrecht“ nennen, — erachten würden. Diese Rechtsquelle unterscheidet sich vom Gewohnheitsrechte; denn dieses besteht aus anderen, den fixen Stoffen sub 1, und steht selbst auch schon durch blosse formale oder äussere Autorität der „Thatsache der fortwährenden Anwendung“ ohne innere Gründe unbewusst und unbedingt fest; das Recht der Wissenschaft oder Juristenrecht, diese natura, dagegen besteht aus den anders gearteten Stoffen 2 und 3, steht nur durch innere Gründe, und endlich nicht wie das Gewohnheitsrecht unbedingt, sondern nur relativ und nur solange zwingend fest, als nicht anderweitige, neue, bessere Gründe eine bessere Entscheidung fordern. — Die Bestreitung dieser Rechtsquelle (vgl. u. a. die Litteratur bei Stobbe, D. Privatr. §. 25, 2

Wissenschaft" als dritte positive Rechtsquelle subsidiär, mangels eines Gesetzes oder Gewohnheitsrechtes, auf: das sog. Juristenrecht, dessen Inhalt nichts ist, als eben diese unentbehrliche und wohlbegründete röm. natura oder Naturrecht; und auch Jhering betont hier, dem Rechte der röm. natura entsprechend, bei Neubildungen und dem Nichtausreichen von Gesetz und Gewohnheit überhaupt mit Recht das in der Praxis von jeher unentbehrliche Recht der, sowohl die Technik, als die materielle Gestaltung umfassenden Construktion gegenüber der blossen Subsumtion unter das fixe Recht.

Damit können wir nun wohl aus dieser unserer Vergleichung mit modernen wie ewig wiederkehrenden Zuständen unser Facit für die Erklärung der römischen natura ziehen. Ganz dieselben bisher entwickelten Grundsätze, welche, richtig aufgefasst, in der deutschen Naturrechtsschule wie in der historischen Rechtsschule Savignys eine berechtigte Vertretung gefunden haben müssten, werden uns nun auch zeigen, in welchen Fällen das jus gentium in Rom wirklich ein „naturale" jus war, und in welchen nicht. Das jus gentium der Römer wird ein jus naturale wirklich nur da gewesen sein können, d. h. dasselbe wird sein Recht nur da wirklich aus der natura geschöpft haben, wo Rechtsbestandteile der unter 2 und 3 geschilderten Arten gegeben waren; weil anfänglich die lex des populus das jus gentium nicht berührte und nicht berühren konnte (§. 8), so musste in Rom ursprünglich der grösste Teil des jus gentium, namentlich auch alle Fälle unter 3, durch die natura, durch innere Gründe etc. allein, ge-

S. 170 2. Aufl. Windscheid, Pand. §. 16 N. 8 etc.) dürfte auf einem Scheingrunde, auf der Verwechslung des positiv erst concret festzustellenden Rechtes mit einem absoluten Rechte beruhen. Wenn die Neueren diese Rechtsquelle bekämpfen, weil deren Rechtssätze bereits „im Wesen der Rechtsverhältnisse vorhanden" seien, so wäre das abstrakt gedacht wohl richtig; allein wir kennen eben dies „absolute" und ideale Recht noch nicht, und für uns besteht eben sein positives Finden erst in einem uns äusserlich und relativ „aus Gründen concret oder positiv Feststellen". Weil uns bei ihnen formal zwingendes Gesetz und Gewohnheitsrecht im Stiche lässt, bieten uns eben hier nur materielle innere Gründe, (eben das Recht der Wissenschaft, wie es Praxis und Theorie täglich übt), wenigstens eine relative Positivität oder Autorität „subsidiär nach Gesetz und Gewohnheit", insolange diese relative Posivität nicht durch Auffinden besserer innerer Gründe beseitigt und durch besseres rechtswissenschaftliches Resultat ersetzt wird, ganz wie Puchta diese Rechtsquelle treffend schildert.

regelt werden. Dagegen konnten auch in diesem jus gentium Roms die absolut fixen Rechtsbestandteile unter 1 niemals aus der natura allein gefolgert werden; hier mussten nicht minder die Römer, selbst ohne es zu wissen, als jus gentium und als vermeintliches jus naturale nicht das letztere, sondern ein fixes, der natura unzugängliches Gewohnheitsrecht anwenden, bis auch in ihnen das Bewusstsein erwachte, dass dies Gewohnheitsrecht, z. B.: die Sklaverei, die starren Stipulationsformen etc. ihres jus gentium, ein von ihrer natura verschiedenes Recht seien, und bis sie ebendeshalb selbst ein jus tripertitum: das geschichtliche, fixe jus gentium und das flüssige, philosophische jus naturale neben dem jus civ. unterschieden. Deshalb war diese spätere Ausscheidung aus dem früheren jus gentium seitens der Römer wohl gerechtfertigt. — Nicht gerechtfertigt und nicht glücklich war nur etwa die spätere röm. Erklärung dieser ausgeschiedenen, philosophischen natura — nicht wieder, wie früher, als eine Rechtsquelle, sondern — als einen faktischen Zustand, welchen wir mit dem Tiere gemein haben, von welcher noch unten sofort die Rede sein wird.

Dies die Entstehung der Ausscheidung des jus naturale und gentium der Römer sowie deren Anwendungsgebiete. — Materiell werden wir heutzutage wohl alle im wesentlichen einverstanden sein, dass als der materielle Inhalt dieser natura zur Zeit des Emporsteigens des röm. Weltrechtes nicht der, bei dem Tiere sich findende, Instinkt angesehen wurde, welchen etwa die verfallende Jurisprudenz zur Zeit eines Ulpian (vgl. Note 13) in derselben ersah, — eine Anschauung, welche das röm. Recht wohl kaum zum Weltrecht emporgehoben hätte, — sondern dass deren Inhalt das war, was die früheren Römer wörtlich in dieser natura ersahen: die aequitas und ratio, das, quod semper aequum et bonum est, und was wir uns eben schon bisher etwa unter dem „allgemeinen Volksbewusstsein“ Savignys, der „Natur der Sache“ Eichhorns und Rundes, dem „Rechte der Wissenschaft“ Puchtas, der „Construktion“ Jherings, dem Juristenrechte etc. etc. vorgestellt [12]).

---

12) Savigny, Syst. I S. 110 übersetzt die naturalis ratio speciell mit „dem, der menschlichen Natur eingepflanzten gemeinsamen Rechtsbewusstsein“, S. 55 mit dem „was die Neueren Natur der Sache nennen“, dem „allgemeinen Elemente des positiven Rechtes, in welchem die sittliche Natur des Rechtes im allgemeinen wirksam ist — mit allem, was aus der Natur und Bestimmung dieser Institute durch

Auf diese Weise dürfte das Wesen der röm. natura seine ausreichende Erklärung gefunden haben. — Damit aber dürften wir uns jetzt von selbst auch die Bedeutung der röm. possessio naturalis speciell leichter erklären können. — Mit der Wandlung nämlich des allgemeinen Begriffes des jus naturale überhaupt, welcher früher das positive gemeine jus gentium, später nur noch das, der natura im späteren röm. Sinne entsprechende Recht bezeichnete, musste notwendig in gleicher Weise auch der specielle Begriff der naturalis „possessio" von selbst wechseln. In den älteren Schriften eines Cicero, Gajus, Paulus, Florentin u. s. w. musste der Begriff: das absolute und relative Eigentum der possessio des röm. gemeinen Rechtes, des geschichtlichen, noch ungeteilten jus gentium, bei den Späteren aber von der Zeit des Ulpian musste die naturalis possessio schon dasjenige Verhältnis bezeichnet haben können, in welchem, dem „positiven" gemeinen Rechte des jus gentium gegenüber, den allgemeinen philosophischen Anschauungen dieser späteren Zeit über jus naturale überhaupt [13]) entsprechend, nicht ganz glücklich die animalische Seite des Eigentumes, nicht etwa eine ethisch „rechtliche" Seite, in den Vordergrund trat. Von da an konnte die röm. „naturalis possessio" selbst auch das, von dem possidere — als einem Rechte überhaupt — unterschiedene animalische possessioni incumbere, welches vom Mittelalter an mit faktischer Detention bezeichnet wurde, oder der bloss „faktische Besitz" sein, welcher jetzt von der possessio,

---

praktische Consequenz hervorgeht; ähnlich das jus naturale Bd. I S. 113, anders I S. 342 N. e u. 347; über ratio sehr treffend Syst. I S. 146 (heut. Bed. I S. 217 ff.). Puchta, Gewohnheitsrecht I S. 49: eine uns eingeborene, unmittelbare, an sich bewusstlose Kraft; vgl. S. 100, 119. Jhering, Geist des röm. Rechtes II, 2 § 41 N. 507 bezeichnet die natura als den „Rechtskörper".

13) pr. J. de j. nat. 1, 2 mit Ulp. l. 1 §. 3 D. 1, 1: Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit; nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium etc. – Hinc descendit maris atque foeminae conjunctio — hinc liberorum procreatio etc. — Ulp. l. 3 §. 15 D. ad exhib. 10, 4: eum qui naturaliter incumbat possessioni u. l. 38 §. 7 D. V. O. 45, 1: ad possessionem naturalem s. servi (diese wird l. 38 §. 8 eod. ausdrücklich als sog. Detention bezeichnet). Julian. l. 2 §. 1 D. pro herede 41, 5 spricht bereits von einer possessio naturalis des colonus, Depositars, Commodatars etc.

diesem Eigentume, unterschieden werden musste. Auf diese Weise „änderte“ sich dieser geschichtliche Begriff der gemeinrechtlichen possessio naturalis der Römer, wie wir früher gesehen haben, dass sich unter Justinian auch der, zuvor den Stammrechten angehörige, nicht materielle Begriff der possessio publica, privata wie civilis [14]) seiner ursprünglichen Bedeutung entkleidet hatte.

Zugleich wird sich endlich aber hieraus wieder, ähnlich wie oben aus den Begriffen der possessio publica, privata, civilis, ersehen lassen, nicht nur wie schwankend, sondern auch wie wertlos für das materielle Dogma der röm. possessio zumeist die Controverse der Neueren über die materielle Bedeutung der naturalis possessio [15]) überhaupt sein musste; über einen Begriff, welcher, (wie etwa der der naturalis obligatio, der naturalis liberi), ursprünglich niemals einer materiellen, dogmatischen Unterscheidung des Rechtes der possessio selbst zu dienen bestimmt war. Auch er diente ursprünglich, wie gezeigt, allein zur Bezeichnung, dass eine possessio oder ein Eigentum nach röm. „gemeinen jus gentium“ überhaupt vorliegt, ohne materielle Unterschiede auszudrücken; denn materiell konnte die naturalis possessio jede Art dieses Eigentums der possessio sein; entweder eine possessio justa causa adquisita [16]), oder nur eine relative possessio ad interdicta. Nur später, seit Ulpian bezeichnete dieselbe überdies selbst auch ein blosses „Eigentum des Tieres“, welches sich nur als faktischer Besitz äussern kann, und damit selbst einen blossen faktischen Besitz oder die sog. Detention [17]) der Neueren. — Diese sämtlichen Bedeutungen finden sich in der Compilation Justinians vertreten. —

14) § 10 Ziff. 9, §. 11 Text zu Note 15 u. 16.

15) Savigny, R. d. Bes. §. 7. Puchta, Curs. II §. 226 Note 1. Windscheid, Pand. I §. 148 N. 12.

16) So z. B. bei Paulus l. 1 §. 1 D. 41, 2, wo das „dominium“ aus der „naturalis“ possessio (bei diesem gleichlautend mit possessio des jus gentium §. 14) abgeleitet wird.

17) oben Note 13 u. §. 4 b Note 45 u. 43 a.

Uranfänge des profanen jus gentium und der possessio des jus gentium. — Periode, in welcher die possessio und quasi-possessio das gesamte Verkehrsrecht des jus gentium erschöpft. Charakterzüge beider: 1) Dinglicher Charakterzug. — Entstehung der quasi-possessio der Servituten und des commercium. —

§. 15.

Der blosse Aufenthalt schon von Fremden in Rom, geschweige deren Handelsverkehr mit den angesessenen Bürgern, erforderte nach unseren heutigen Vorstellungen vor allem etwa eine obligatio: der Wohnungsmiete, bei landbauender Bevölkerung: des Pachtes, sodann des Kaufes, Tausches von Grundstücken, Mobilien u. s. w. Wie aber wären solche Obligationen im alten Rom — fremden Stammgenossen gegenüber mit ihren, persönlich gegenseitig unzugänglichen Rechten — möglich gewesen? Deren Stammesrechte für sich allein konnten augenscheinlich solche erzwingbare Obligationen nicht zulassen. Äusserlich ergibt sich dies schon aus dem Mangel eines beiderseitigen commercium, aus der Unzugänglichkeit aller civilen Rechtsgeschäfte: der persönlichen Verträge der mancipatio und des nexum für Fremde; umgekehrt aus der Unklagbarkeit der peregrinen pacta für cives und überdies aus der den Peregrinen fehlenden legitima persona standi in judicio zu persönlicher Rechtsverfolgung. Das innere Motiv aber für diese Unfähigkeit zu Obligationen bietet das Bestehen des Principes der persönlichen Rechte (§. 2). Dieses liess vor allem die antike persönliche obligatio für Fremde niemals zu. Denn diese letztere war keineswegs etwa bloss eine Verhaftung mit dem Vermögen des Schuldners: die Obligation nach späterem prätorischen und unserem heutigen Rechte, oder überhaupt allenfalls nach Puchta ein blosses „Recht an Handlungen" (diese Begriffsbestimmung träfe allenfalls bei operae servorum und den Frohnden der germanischen Leibeigenen zu), oder auch nach Keller eine „partielle Dienstbarkeit". Das altrömische Recht vielmehr dachte sich seine obligatio weit greifbarer und intensiver: sie war geradezu eine „Verpfändung der Person" als Sache[1]): Wie etwa

1) Puchta, Pand. §. 219; Keller, Pand. §. 219. Vgl. meine frühere Charakterisierung: Zur Kritik der heutigen Negatorien- und Confessorienklage 1873, Jena, S. 17 N. 8.

die Hypothek als obligatio rei die ganze verpfändete Sache ergriff, ganz ebenso haftete bei der antiken obligatio personae ursprünglich die Person selbst als Objekt und Sache; wie consequent und energisch, dies zeigt das alte civile nexum mit dem Rechte des Gläubigers, die Person des Schuldners zu töten oder über die Tiber als Sklaven zu verkaufen [2]). Eine solche obligatio also liess das antike Princip des persönlichen Rechtes gegen Fremde unmöglich [2a]) zu: Und doch musste das Verkehrsrecht des jus gentium diese tiefe Kluft überbrücken, eine bindende obligatio entweder schaffen oder durch Surrogate ersetzen, wenn es den Fremden durch Gewährung jener Rechte einer Miete, eines Pachtes, von Dienstleistungen, durch Kauf und Tausch je die Möglichkeit eines Verkehres, eines Handels, — eines Lebensunterhaltes überhaupt — verschaffen sollte. In den ersten Jahrhunderten mag noch das jus divinum Aushülfe geschaffen haben (§. 13), dem profanen Rechtsschutze aber fehlte es in Rom selbst an einer, dies möglich machenden, alle Stammgenossen verbindenden „Gesetzgebung“; denn auch die lex der Patricier wie die plebiscita der plebs banden ja, wie früher gezeigt, die Fremden in keiner Weise (§. 8). —

Wie es nun der antiken Rechtsbildung Roms unter diesen Umständen dennoch gelang, ein gemeinsames profanes Recht inter gentes zu schaffen, wie letzteres in Rom selbst den Fremden extra commercium, trotz deren Unfähigkeit zu Verträgen und Obligationen, zum Erwerbe der täglichen, unentbehrlichen Nahrung, Kleidung, Wohnung, — mit einem Worte zur Existenz — verhalf? — Mit dieser Frage eben stehen wir vor dem interessantesten Probleme der antiken Rechtsbildung. — Dieses Rätsel löste das älteste röm. jus gentium auf dem, durch das Princip der persönlichen Rechte so ausserordentlich eingeengten Gebiete durch die Gestaltung eines einzigen Institutes dieses Verkehrsrechtes, welches namentlich der folgende dreifache Charakterzug kennzeichnet: ein dinglicher, faktischer und negativer Charakter: — Die uns hier beschäftigende, so ungemein bewegliche antike posses-

---

2) Mommsen, röm. Gesch. I 3. Aufl. S. 154, Rudorff, röm. RG. II §. 89 S. 293–4.

2a) Noch Gajus III §. 132 berichtet in Anwendung auf bestimmte Fälle: non ipso nomine — obligantur (sc. peregrini); spätere Modificationen §. 16 Note 32 u. 33 unten.

sio eben war es, welche so allein in diesen Uranfängen des profanen jus gentium dessen gesamten Verkehr vermittelte: in dieser Periode war die römische „possessio und quasipossessio" des jus gentium noch das einzige, den Fremden in Rom überhaupt zugängliche Recht! —

1. Vor allem nun von dem dinglichen Charakter des ersten Rechtsverkehres des jus gentium. — Das älteste jus gentium kannte nur dingliche Rechte; dies heisst: Die Objekte des Rechtsverkehres des jus gentium bestanden einzig in „res", weder in Rechten an der Person des fremden Stammgenossen, noch in persönlichen Obligationen. Nach der Regel des antiken Principes der persönlichen Rechte wurde nämlich zwar die „Person" des Fremden von dem Rechte eines anderen Stammes niemals berührt. Von dieser Regel wurden aber, vielleicht von jeher, nicht berührt die den Fremden angehörigen Sachen[2b]). Die res der Fremden waren innerhalb des territorium Roms allerdings dessen Hoheit unterworfen. Es ist eine verlässige Überlieferung der altrömischen Geschichte, dass sich Römer und Peregrinen, welche nicht auf Kriegsfuss[3]), sondern in Frieden, als Gastfreunde u. s. w. zusammenlebten, trotz der persönlichen Unzugänglichkeit der beiderseitigen Stammrechte, dennoch im Privatrechtsverkehre — vielleicht ursprünglich nach ähnlichen Grundsätzen, wie im Völkerrechtsverkehre durch die clarigatio der Fetialen, — ein „res" repetere[4]) gestatteten; das jetzt noch in Anwendung be-

---

2b) Noch den spätesten röm. Definitionen der dinglichen Klage klebt die Reminiscenz an die Unmöglichkeit einer persönlichen Verpflichtung an; z. B. §. 1 J. de act. 4, 6: cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam; vgl. N. 2a).

3) In diesem Falle konnten, wie Walter, Gesch. d. röm. Rechts I §. 73 annimmt, sofort Sachen der Fremden von jedem Quiriten occupiert werden; vgl. §. 17 J. 2, 1: quae ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt. Gajus II §. 69.

4) Festus s. v. Reciperatio — est, quum inter civitates peregrinas lex convenit, ut res privatae reddantur singulis recuperenturque; ähnlich Paul. Diac. ex Festo: Recuperatio est, cum inter populum et regem nationesque et civitates peregrinas lex convenit, quomodo per recuperatores reddantur res reciperenturque, resque privatas inter se persequantur. — Varro de vita populi Romani lib. II: priusquam indicerent bellum iis, a quibus injurias factas sciebant, Fetiales legatos res repetitum mittebant quatuor, quos oratores vocabant. Dion. II, 72. Liv. IV, 30. Feciales

findliche interdictum „recuperandae“ possessionis trägt von dieser recisparatio oder „recuperatio“ zweifellos den Namen. — Schon durch diesen Schutz des „Eigentumes“ nun konnten einzelne Verträge surrogiert werden. Wir werden in dem folgenden §. ersehen, wie ursprünglich beispielsweise der Kauf, ferner Realcontracte, z. B. das Darlehen etc. durch die Möglichkeit des „repetere“ der res oder des „Eigentums“: an dem Kaufgegenstande sowohl bis zur Zahlung des Kaufpreises als durch ein repetere des Eigentumes an dem geliehenen fungiblen aes alienum etc. allein schon ermöglicht worden sein wird.

Dabei blieb aber der Rechtsverkehr des ältesten jus gentium nicht stehen. Diese blosse Rückforderung des Eigentumes hätte eben den Peregrinen überhaupt nur einen Verkehr mit res nec mancipi ermöglicht, an welchen denselben ursprünglich allein ein Eigentum zugänglich war, nicht aber auch mit res mancipi, z. B. mit Grundstücken auf altrömischem territorium, einem ager publicus etc., an welchem den Peregrinen ursprünglich überhaupt kein Eigentum, auch kein solches nach jus gentium: keine possessio privata, möglich war (§. 5 u. 19). — Zudem hätte dieser, nur durch Übertragung des ganzen Eigentumes erreichbare Verkehr kaum einer Verkehrsentwickelung genügt; der letzteren wäre beispielsweise eine, stets etwa notwendige Eigentumsüberlassung eines Hauses zum vorübergehenden Aufenthalte gegen Zahlung des Kaufschillings, eine gleiche Überlassung eines Landgutes zum vorübergehenden Unterhalte des Fremden, wohl kaum dienlich gewesen. Wie eingreifend diese Verkehrshinderung der Fremden in Rom war, beweist ja der Umstand, dass von dem Erwerbe solcher res mancipi zu Eigentum auch selbst die, zu dauerndem Aufenthalte in Rom genötigte plebs insolange ausgeschlossen war, als sie selbst fremd (eine privata plebs §. 9) war und so durch das jus civile noch nicht Anteil an dem Eigentume des populus erlangt hatte (§. 11, 22).

Einen ersten grundlegenden Schritt zur Erzielung eines solchen Rechtsverkehres selbst mit res mancipi nun that das röm.

---

prius mittendos ad res repetendas censuere. - Missi tamen Feciales, nec eorum, quum more patrum jurati repeterent res, verba sunt audita. Verfahren bei Livius I, 32. An die Stelle der Fetialen traten bei Bündnissen recuperatores als Richter. — Puchta, Curs. I §. 83. — Danz, der sacrale Schutz im röm. Rechtsverkehre S. 180 N. 4.

jus gentium erst durch jene bewunderungswürdige Ausbildung der jura in re aliena, der rein dinglichen Servituten des jus gentium, — jener im ältesten Rom bereits so sorgfältig ausgebildeten Rechte, dass sie noch der Rechtsbildung der spätesten Jahrhunderte wie der Gegenwart zum Muster dienen: — Durch diese, wenn man will, Verdinglichung[5]) von sonst persönlichen Rechten vermittelte das röm. jus gentium den Fremden nun auch einen Rechtsverkehr, welchen u. a. die, diesen unzugänglichen persönlichen Obligationen des Pachtes und der Miete nicht bieten konnten. — Auch hier bemächtigte sich nämlich die profane Rechtsbildung wieder eben der internationalen Sitte des res repetere zur Entwickelung des Rechtsverkehres: sie erweiterte, von den res corporales ausgehend, den Begriff der res und „erfand den, heutzutage allgemein feststehenden Begriff der „res incorporales"[6]) des jus gentium; in diesen wurde nun eine Anzahl von Rechten, welche wir heutzutage regelmässig nur als persönliche anzuwenden gewohnt sind, gleichfalls zu „res" (incorporales), zu röm. Servituten, umgewandelt und dadurch gleichfalls dem Erwerbe der Peregrinen sowie dem Erwerbe nach jus gentium überhaupt zugänglich gemacht. Waren diese Rechte so einesteils zu Servituten oder Rechten des „jus gentium", welche auch Fremde selbst an dem vorbehaltenen quiritischen Vermögen der res mancipi erwerben konnten, anderseits aber zu „res" umgewandelt, an welchen jetzt auch ein Eigentum oder doch ein quasi-Eigentum

---

5) Gerade gegenteilig erscheint im Vergleiche zum römischen ebendeshalb die Neigung unserer heutigen Rechtsbildung, welche in der Verpflichtung der Person nicht mehr gehemmt ist. Während die Römer als Surrogat für die, den Fremden unzugängliche Obligation rein dingliche Rechte ohne jede Inanspruchnahme der Person schufen, lässt das heutige Recht in den Reallasten aus dem Besitze der Sachen gerade umgekehrt die Person erfassen und persönliche Obligationen entstehen. So musste bei den röm. obligationes rei, den obligationes praediorum, der Hypothek, der Emphyteuse ursprünglich nach jus gentium nur die Sache, d. i. der jeweilige wirkliche possessor der Sache, mit deren Verkaufswerte haften, niemals die Person des Fremden; ähnlich l. 7 D. de public. 39, 4: Imperator Antoninus et Verus rescripserunt, in vectigalibus ipsa praedia, non personas, conveniri, et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere. Nach heutiger Praxis gehen die Rückstände gerade umgekehrt als „persönliche" Schuld auf den jeweiligen Besitzer über. Seuffert, Blätter f. Rechtsanw. Bd. 41 S. 207.

6) l. 1 §. 1 D. de divis. rer. 1, 8 etc.

der quasi-possessio nach jus gentium möglich wurde, so konnten die Peregrinen jetzt dieses Quasieigentum gerade so dem res repetere unterwerfen, wie dieselben zuvor ihr Eigentum der possessio an res corporales nec mancipi durch eben dies res repetere, durch recuperatio und interdicta, vindicierten; sie konnten dies, ohne dass die „Person" des Fremden in Mitleidenschaft gezogen wurde, und dieselbe so der Rechtsverfolgung ein Hindernis bot [7]: — Algenartig klammerten sich auf diese Weise die Uranfänge der Rechtsbildung des jus gentium auf dem, an sich kümmerlichen, unwirtlichen Boden des Verkehres gegenseitig rechtloser Fremder an die vorhandenen Ansätze des res repetere an, und erzielte dieselbe so einen Erfolg, einen Erwerb und eine Verfolgbarkeit von Rechten, wie wir uns eine solche heutzutage kaum anders, als eben durch die eingangs berührten persönlichen Obligationen erreichbar vorstellen werden. So konnte beispielsweise jetzt Pacht und Miete [8]) auf kürzere Zeit und zwar an quirit. Grund und Boden (am ager servus): durch usus, ususfructus und habitatio, an quiritischen Sklaven (am mancipium oder dem homo servus) wie an quadrupedes: durch operae servorum und animalium realisiert

---

7) Dasselbe Ausserspiellassen der „Person" findet sich noch später bei der actio in rem des prätorischen Formularverfahrens erhalten; noch zu einer Zeit also, in welcher das jus gentium nicht mehr auf das alte res repetere angewiesen war. Gajus IV, 87: cum in rem agitur, nihil in intentione facit ejus persona, cum quo agitur; auch die condemnatio erfolgte da noch in rem Gajus IV §. 48. — Ebenso fehlt die Person selbstverständlich bereits in den Formeln der Interdikte des jus gentium. K. A. Schmidt, (das Interdiktenverf. der Römer 1853 S. 305 Note 18) betont bereits, dass unter den Interdikten sich keine finden, durch welche ein „persönlicher Vertrag" geltend gemacht werde; die uralte nuntiatio der operis novi nunt. schon erfolgte in rem l. 10 D. 39, 1, und den gleichen Sinn hat die oft missdeutete l. 1 §. 3 D. de interd. 43, 1.

8) Man vgl. beispielsweise die Ediktsstelle des interdictum de loco „publico" fruendo, welches hienach den privati oder Fremden zufolge einer Servitut und eines Interdiktes des jus gentium an Grundstücken der Patricier (§. 9 u. 10) zugestanden hatte: l. 1 pr. D. 43, 9. Praetor ait: quominus loco publico, quem is, cui locandi jus fuerit, „fruendum alicui locavit", ei, qui conduxit sociove ejus ex lege locationis frui liceat, vim fieri veto; — dass Ulp. l. 1 §. 1 h. l. das Interdikt nur noch auf die, Vectigalien pachtenden publicani bezieht, beweist nichts für dessen frühere Mission, (wie Schwegler, röm. G. 2 S. 427 Anm. 1 annimmt); schon Paulus, l. 2 h. l. legt ihm eine weitere Aufgabe bei.

werden; ebenso Pacht auf längere Zeit durch die, selbst in Erbgang übergehende Niederlassung: an Häusern durch superficies und an sonstigen Grundstücken im territorium des populus: durch emphyteusis.

Hiemit erklärt sich die erste Entstehung eines Vermögensverkehres inter gentes selbst an dem vorbehaltenen Vermögen des eingesessenen röm. populus: an res mancipi. Dass dieser Erwerb in der That für Fremde möglich und geschaffen war, ist uns geschichtlich vor allem allgemein, aber hier schon mit zwingender Notwendigkeit bestätigt; einmal dadurch, dass an diesen Servituten die possessio (quasi-possessio) des „jus gentium" möglich war; wieder und hauptsächlich aber dadurch, dass diese Servituten selbst [9]) nach allen Überlieferungen der röm. Geschichte, im Gegensatze zu den civilen mancipia, direkt dem jus gentium, diesem Verkehrsrechte zwischen Fremden und Einheimischen, zugeschrieben werden. — Schon durch diese allgemeine historische Bestätigung ist der Zweck der Entstehung der Servituten für uns keine prähistorische Thatsache mehr. Wir haben aber überdies wenigstens noch eine einzelne, specielle geschichtliche Anwendung dieser ursprünglichen Bestimmung. Schon oben §. 11 wurde erwähnt, dass es vor den XII Tafeln eine Zeit gegeben haben musste, in welcher die röm. plebs, welche sich bekanntlich erst allmählig den Eintritt in das Recht des populus durch das jus civile erkämpfte, noch mehr oder weniger den Peregrinen gleichgestanden und zum Erwerbe des Eigentumes des populus noch unbefähigt gewesen sein musste. In der That ist uns nun aus dem Jahre der Stadt 298, — aus eben jener Zeit, in welcher die plebs durch die charta magna der XII Tafeln noch nicht das volle commercium und speciell noch nicht das Recht erlangt hatten, durch mancipatio etc.

---

9) Florentinus l. 4 §. 1 D. de statu 1, 5 u. §. 2 u 4 J. de jure pers. 1, 3: servitus est constitutio juris gentium. Ulp. l. 4 D. J. et J. 1, 1 jure gentium servitus invasit; §. 2 J. de jure nat. 1, 2; §. 1 J. de his qui sui 1, 8; Gajus I §. 52 mit l. 1 §. 1 D. 1, 6: in potestate dominorum sunt servi; quae quidem potestas juris gentium est. Marcian l. 5 §. 1 D. de statu hom. 1, 5: servi in dominium nostrum rediguntur aut jure civili (z. B. durch usucapio) aut gentium. Isidor 5, 6 jus gentium est: sedium occupatio — bella, captivitates, servitutes. Eine prakt. Anwendung l. 2 D. de usu 33, 2: hominis operae — capitis deminutione non amittuntur. — Zwischen homo und fundus servus unterscheiden die Römer nicht. —

Eigentum an res mancipi, das civile dominium ex jure Quiritium, zu erwerben — eine Notiz [10]) überliefert, zufolge deren der plebs auf dem Aventinus Wohnsitze angewiesen wurden. Diese auf dem „territorium", dem, den Fremden im allgemeinen untersagten Gebiete (§. 5) des populus, an res mancipi einer privata plebs angewiesenen Wohnsitze konnten derselben damals kein Eigentum erbringen, weder possessio (corporalis) nach jus gentium, noch schon jetzt das, erst später erwirkte civile dominium ex jure Quiritium, sondern einzig, gleich den übrigen Fremden, nur eine servitus an einer res „aliena". In der That bestätigen dieselben Stellen, dass der plebs damals nur: die blosse servitus einer superficies eingeräumt wurde. — Damit scheint ein direktes Beispiel gegeben, wieweit die den Fremden beizählende privata plebs damals durch das Verkehrsrecht des jus gentium ein dingliches Recht an res mancipi erwerben konnte. Ähnlich konnte vielleicht auch die emphyteusis ursprünglich dasjenige dingliche Pachtverhältnis des jus gentium bezeichnen, welches eine Leistung der Fremden und privati gegenüber dem populus der Patricier, nicht allein zwischen privati unter sich, voraussetzt. Dies scheint Festus [11]) zu ergeben; denn dieser bezeichnet das röm. vectigal als

---

10) Dionys. X, 31, 32. — Niebuhr, röm. Gesch. II S. 339. — Rudorff zu Puchta Curs. II §. 244 Note e. — Mommsen, röm. Gesch. I S. 272. – Eine gleiche, weitere alte Überlieferung, dass die plebs an den agri publici nur eine servitus erwarb, hat vielleicht Livius II, 41 verunstaltet überliefert. Im Jahre der Stadt 268 nämlich brachte der Consul Spurius Cassius den ersten Gesetzesvorschlag zu einer lex agraria ein; den Hernikern abgenommenes und sonstiges Land sollte zur einen Hälfte den Latinen, zur anderen der plebs zugewiesen werden. Der zweite Consul Virginius widersetzte sich mit folgenden, ihm von Livius in den Mund gelegten Worten: agros illos „servitutem" iis, qui acceperint, laturos, regno viam fieri. Quid ita enim adsumi socios et nomen Latinum? — passurum se adsignari agros, dum ne cui, nisi civi adsignentur. Die plebs wie die damaligen Latinen (non-cives) hätten a. u. 268 an dem ager publicus (§. 22) noch gar kein Eigentum, nur servitus nach jus gentium erwerben können. Es ist also wohl möglich, dass die späteren Chronisten die Überlieferung des adsignari zur servitus mit einer servitus der Person der Empfänger verwechselten.

11) Festus s. v. vectigal; hiezu Puchta C. II §. 245 Note a. Würde die Sigle pt hier in propter aufgelöst: vectigal aes app., quod propter tributum et equestre et hordiarium populo debetur, so wäre die ursprüngliche Beziehung auf die plebs noch zweifelloser betont. (Über die

das aes: quod „populo" debetur, — obgleich hier mit Savigny zuzugeben ist, dass die Emphyteuse später von den röm. Juristen auch als wirkliche possessio, somit als Eigentum, construiert würde (§. 21). – In dieser Weise musste sich, (die Einwirkungen des jus sacrum etwa wie besondere Staatsverträge abgerechnet), das gesamte profane Verkehrsrecht des jus gentium Roms zwischen Fremden und populus — etwa bis in das 6. Jahrhundert der Stadt hinein, in welchem die lex Aebulia eine wirksamere Rechtshilfe der Prätoren ermöglichte — materiell ausschliesslich als rein dinglicher Verkehr entwickeln: ausschliesslich als Eigentumsübertragung der possessio corporalis bei res nec mancipi, sowie bei diesen und res mancipi als blosse Übertragung eines Quasi-Eigentumes: der quasi-possessio servitutis. Insolange erschöpfte somit die röm. possessio den gesamten materiellen Inhalt des jus gentium: denn alles, den Fremden mögliche Recht war possessio. — Dieser dingliche Charakterzug zeigt sich überdies auch im Prozesse des jus gentium, nicht bloss in der Struktur der materiellen Rechte; insbesondere wie schon erwähnt [12]), auch im Baue der Rechtsmittel: den interdicta des jus gentium; auch diese berührten die Person des Belangten in keiner Weise, sondern nur die res und das Vermögen. Ja es wurde früher gezeigt, wie selbst die delicta privata, welche nach ausdrücklicher Bestätigung zugleich dem röm. jus gentium angehörten [13]), und welche überdies in das jus privatum der, noch nicht zu cives erhobenen privata plebs hinaufragen, ursprünglich als profanum jus keine coercitio der Person [14]) des Fremden, sondern,

figürliche Anwendung von „populo" anstatt der „Einzelnen e populo" s. oben §. 9 Note 3). — Ähnlich war auch die scriptura für publica pascua (Puchta l. c. N. b) möglicherweise zugleich eine Abgabe für dinglich verpachtete Weideplätze des populus Wie das öffentliche und Privatrecht überhaupt noch nicht geschieden war, so bezeichnete oben vectigal, aes, scriptura sowohl öffentliche Abgabe an den populus, als Privatpachtgeld im heutigen Sinne. Über das entsprechende Doppelrecht §. 1 N. 11 u. 12.

12) Vgl. Note 7 u. 5.

13) Von der vis und injuria, aus welch' letzterer erst später das damnum injuria datum ausgeschieden wurde, ist dies ausdrücklich bestätigt in l. 3 J. J. et J. 1, 1 durch den Zusammenhang von l. 1 §. 4 – l. 3 eod.

14) §. 10 Ziffer 7. An das res „repetere" scheinen sich analog Deliktsklagen der „Peregrinen" angeschlossen zu haben; z. B. bei den pecuniae „repetundae", bei welchem vor dem civilen forum sogar aus-

abgesehen von Landesverweisung, gleichfalls einzig nur eine (dingliche) Strafe in res und Geld verhängten.

Nun zur Frage, welches ist die Zeit und die äussere Veranlassung der Entstehung der quasi-possessio der Servituten? — Deren hohes Alter vor allem beweist nicht bloss das, schon oben §. 12 erwähnte hohe Alter des jus gentium überhaupt, welchem dieselben entstammen, das Vorkommen der superficies speciell schon vor den XII Tafeln (Note 10) und das Hinaufragen der Servituten in das jus populicum und privatum, jene gesonderten Stammrechte der Patricier und Plebejer [15]), sondern auch deren in den XII Tafeln bereits vorliegende minutiöse Ausbildung [16]), welche sich durch diese Gesetzgebung kaum künstlich auf einmal erst schaffen liess, sondern eine praktische Übung schon längere Zeit zuvor voraussetzt. —

Als äussere Veranlassung der Entstehung dieser Servituten aber springt sofort die auffällige Thatsache in die Augen, dass alle Gegenstände, an welchen Servituten erworben werden können, res „mancipi" sind. Diese res mancipi sind nun diejenigen Gegenstände, welche, — weil sie für den Ackerbau der vorzugsweise ackerbautreibenden Bevölkerung des alten Rom die wichtigsten waren, — in Folge hievon und Hand in Hand hiemit auch als der wichtigste Teil der Kriegsbeute erscheinen mussten; namentlich eroberte Grundstücke, Sklaven und Haustiere [17]); an

---

nahmsweise eine Vertretung der Peregrinen durch cives gestattet wurde. Puchta, Curs. II §. 163 N. a cf. Walter, Gesch. r. R. II §. 776.

15) §. 9 u. 10 bes. Note 9.

16) Dieselben werden in den XII Tafeln u. a. erwähnt nach Paulus l. 5 D. ne quid in loco publ. 43, 8: Si per publicum locum rivus aquaeductus privato nocebit, erit actio privato ex l. XII tab., ut noxa domino caveatur; — Varro L. L. 7, 15 und Gajus l. 8 D. de serv. pr. r. 8, 3 viae latitudo ex lege XII tab. in porrectum VIII p. habet, in amfractum XVI, — Cicero pro Caec. c. 19, 54: Si via sit immunita, jubet (lex), qua velit agere jumentum. Hiezu die von Cicero erwähnten, zweifellos aus der gleichen Quelle des jus civile stammenden servitutes stillicidii etc. Vgl. Rudolf Elvers, die röm. Servitutenlehre, Marburg 1856, S. 9. Noch ältere Notizen über Servituten vgl. Note 10.

17) Ulp. fragm. XIX §. 1; Gajus I §. 120, II §. 15. Diesen res mancipi gegenüber bezeichnen Cicero in Verrem II, 14 und Gajus II, 20 u. 15 ff. als res nec mancipi: suppelectilia, argentum, vestes etc. Das allerdings nicht minder wertvolle Gold und Silber soll nach Gajus I §. 122 inhaltlich der XII Tafeln selbst zur Zeit der letzteren noch nicht als

eben diesen res mancipi nun standen die Servituten des usus, ususfructus, der operae servorum et animalium, der superficies etc. nach jus gentium, und damit selbst Rechte der Fremden, zu. Schon hieraus ergibt sich eine Vermutung, dass der Beuteanteil der Fremden, darunter der privati und vor allem der privata plebs es war, welcher diese Servituten zuerst ins Leben gerufen haben konnte, so zwar, dass, solange plebs und Fremde an den res mancipi der Beute kein „Eigentum" erlangen konnten, sie doch wenigstens einen Anteil hieran als jus in re „aliena" der servitus erhielten. — In dieser Vermutung bestärkt uns weiter eine geschichtliche Notiz bei Gajus, wonach der Vermögenserwerb bei den Römern sich überhaupt dem Vorbilde des Beuteerwerbes nachgebildet zu haben scheint [18]. — Zu diesen Vermutungen endlich tritt eine mehr direkte geschichtliche Nachricht hinzu.

Ein alter Verfassungsgrundsatz Roms bestimmt, dass die Beute an res mancipi nur dem populus Romanus [19] zu eigen gehören solle, in dessen Namen (senatus populusque Romanus) allein ja auch später noch die Kriege geführt wurden: nicht also zugleich den privati und der privata plebs. – Vielleicht auch, dass die Verfassungsbestimmung: die Beute gehört dem populus, ursprünglich den Sinn hatte: die Beute solle dem „Heere der Quiriten" gehören; denn die Worte populus und Quirites werden ja neuerdings als Bezeichnung für Heer und Lanzenmänner der

---

Münze in Aufnahme gekommen sein, und konnte so nicht Beutegegenstand jener Zeit sein; dies wohl der Grund, warum es durch die XII Tafeln noch nicht zu einer res mancipi erklärt wurde. Dass diese res mancipi von den XII Tafeln selbst als die wertvolleren erachtet wurden, beweist u. a. der Umstand, dass zu deren alienatio der tutor legitimus nur „ex magna causa" zustimmen durfte etc. Gajus II §. 80, I § 192 cf. II §. 47.

18) Gajus IV §. 16: maxime sua esse credebant, quod ex hostibus cepissent; unde — hasta proponitur etc.

19) Siculus Flaccus de condit. agrorum ed. Goes p. 3 Bellis enim gestis victores populi terras omnes, ex quibus victos ejecerant, publicavere (§. 9, 10). Pompon. l. 20 §. 1 D. de capt. 49, 15 publicatur ille ager, qui ex hostibus captus sit. Dionysius 7, 63; Livius II, 41; IV, 58. Puchta, Curs. I §. 40, Walter, Gesch. r. R. I §. 73, Note 31 mit §. 180. — Für Soldaten der Legionen, deren Hauptbestandteile früher Plebejer waren, lag die Verbindlichkeit der Ablieferung der Beute sogar in deren Eide. Polybius X, 16; Walter l. c. §. 180. — Die hiefür festgesetzte Strafe war das peculatus. Modestin l. 13 D. ad l. Jul. 48, 13.

„Stammbürger“ erklärt [20]). Der Sinn ist aber auch da ein ähnlicher. — Diese Verfassungsbestimmung nun entzog der plebs zwar allerdings nur den, seiner Zeit wertvolleren Teil der Beute, die res mancipi. Für res nec mancipi wurde der Beuteerwerb wohl von jeher nach jus gentium geregelt und deren Occupation dem Einzelnen überlassen [21]). Aber damit war doch verfassungsmässig namentlich aller Grunderwerb an dem ager des populus, dem ager publicus, dem alten populus der Patricier, dessen possessio und occupatio [22]), allein reserviert, bis das jus civile wenigstens der plebs einen Anteil durch Schaffung des duplex dominium gestattete. So gingen allerdings insolange die, an den Kriegen nicht minder beteiligten und Rom zu seinen Siegen mitverhelfenden, nicht zum populus Gehörenden, namentlich die in Rom angesessene privata plebs leer aus [23]). Dieser Zustand war selbstverständlich für die Dauer nicht haltbar; er war es, welcher die in Überzahl und damit im Besitze der physischen Macht befindliche plebs alsbald zu den Secessionen wie zur Forderung jener leges agrariae führen musste, deren erste, die lex agraria des Cassius, bekanntlich bereits vor die XII Tafeln, in das Jahr der Stadt 268 verlegt wird. Da diese vorbehaltene Beute nicht bloss in den, sofort in Gegenwart des Heeres verteilbaren Sklaven und Haustieren, sondern auch in Ländereien bestand, welche erst nach dem Kriege, ferne vom Schlachtfelde in der Heimat [24]) verteilt werden konnten, wo der zurückgekehrte, der militärischen Disciplin nicht mehr

---

20) Die früheren Ableitungen der Bezeichnungen der röm. Vollbürger von Volksstämmen, von Sabinern etc. werden mehr und mehr verlassen. Auch Mommsen, röm. Gesch. I S. 74 leitet z. B. populus ab von populari = verheeren und popa dem Schlächter, Quirites von Lanzenmännern und Vollbürgern. Vgl. auch Lange

21) Vgl. §. 22 N 5. Darauf beziehen sich u. a. l. 5 § 7 D. de a dom. 41, 1 u. §. 17 J. 2, 1: item ea, quae ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt; — l. 1 § 1 D. de poss. 41, 2: item bello capta — ejus fiunt, qui primus eorum possessionem nactus est. Gajus II §. 69.

22) Vgl. oben §. 11 u. 12. l. 1 §. 1 D. de poss. 41, 2, §. 17 J. 2, 1. Festus s. v. possessiones appellantur agri late patentes publici privatique, quia non mancipatione, sed usu tenebantur, et ut quisque occupaverat possidebat Vgl. unten §. 20.

23) Livius IV, 48 etc.

24) Noch später wurde diese Verschiedenheit des Erwerbes der res mancipi beibehalten; Gajus I §. 121: (personae item animalia in praesentia) — praedia vero absentia solent mancipari.

unterstellte Plebejer das Unbillige der Landverteilung vor Augen sehen und die Mittel zur Abhülfe ruhiger zu überlegen in der Lage war, so konnte es an einem alsbaldigen Andrängen auf Abhülfe kaum fehlen.

In der That findet sich eine röm. Überlieferung vor, wonach jene starre röm. Verfassungsbestimmung, welche die Beute dem populus allein zusprach, sehr bald umgangen worden sein musste. Übereinstimmend tritt nämlich bei Florentinus, Pomponius und Justinian die Nachricht auf, dass der Name „servus“, dieser dem „jus gentium“ angehörige Begriff und Gegensatz zu dem späteren civilen mancipium, dadurch entstand, dass die röm. Heerführer die Gefangenen „vendere ac per hoc servare, nec occidere solent“ [25]. Das „vendere“ bezeichnet in seiner älteren Bedeutung nach Festus [26] auf Seite des Empfängers ein accipere, auf Seite des populus somit ein einfaches Verteilen; und da das vendere im Gegensatze zum quiritischen und civilen alienare zugleich eine Veräusserung nach den Regeln des jus gentium [27] bezeichnet, so war dies überdies nur ein Verteilen nach „jus gentium“. — Nun mag die obige Ableitung des Wortes servitus von servare vielleicht eine naive erscheinen; ich gebe dies vollkommen zu, ja ich lasse sogar deren Richtigkeit überhaupt dahingestellt [28]. Allein völlig gleichgültig ist für uns hier die Richtigkeit der Ableitung des „Wortes“ servare. Mehr Interesse bietet uns, dass uns hier unter der Hülle der Ableitung eines Etymon — wie ein „Palimpsest“ unter einer späteren Überschreibung versteckt — die für uns weit wichtigere und glaubwürdige historische Nachricht überliefert entgegentritt, dass es eine, an die Entstehung des Wortes servare schon geknüpfte, Überlieferung gab, nach welcher Rom bei Verteilung der Beute, — insbesondere bei Verteilung derjenigen res, welche mit servus bezeichnet wird und welche ein homo oder ein fundus servus, jedenfalls eine res mancipi war, —

---

25) Florentin. l. 4 §. 2 u. 3 D. de statu hom. 1, 5; §. 3 J. de jure pers. 1, 3. Pompon. l. 239 §. 1 D. V. S. 50, 16: Servi ex eo appellati sunt, quod imperatores (Heerführer) captivos vendere ac per hoc servare nec occidere solent Mancipia vero dicta, quod ab hostibus manu capiantur (als mancipia erworben werden); v. unten §. 22.

26) Festus s. v. redemptores, vgl. Note 31.

27) Vgl. §. 5 Note 5.

28) In der That soll diese Ableitung nicht einmal zutreffend sein, Lange, röm. Altertümer §. 37 S. 145.

diese Beutegegenstände nicht nach dem Rechte des populus der Patricier, nach jus publicum und späterem jus civile, sondern nach jus gentium verteilte (vendere), so dass diese Verteilung nicht ein Eigentum [28a]) nach dem Rechte des populus oder des späteren jus civile, sondern ein Recht des jus gentium (servus) begründete. — Daraus scheint uns ein doppeltes zu folgen. Einmal konnte diese Verteilung nicht an den populus der Quiriten selbst geschehen sein; sonst wäre sie nicht nach und zu dem Fremdenverkehrsrechte des jus gentium, sondern nach und zu jus publicum (§. 9) oder civile erfolgt; die Person des Empfängers musste also damals ein, nur des jus gentium, nicht des jus populi teilhaftiger privatus oder Peregrine sein: entweder die fortwährend nach Beuteanteil begehrliche privata plebs, solange diese noch nicht in den populus aufgenommen war, oder doch peregrine Bundesgenossen. Zweitens die Zeit, in welcher der plebs durch Zuteilung von servi im Eigentume nach jus gentium, nicht von civilen mancipia mittels mancipatio, Beuteanteil gewährt wurde, musste die Zeit der XII Tafeln überragen; denn durch letztere war die mancipatio bereits confirmiert [29]), die Beute hätte also nach der Zeit der XII Tafeln der plebs nicht zur blossen servitus, sondern zum vollen Eigentume (dominium ex jure Quiritium) verliehen werden können; auch fand wohl in noch späterer Zeit eine sofortige Beuteverteilung an Soldaten überhaupt nicht mehr in der früheren Weise statt, sondern die Beute kam zumeist in den öffentlichen Schatz. — Mit dieser Ableitung des Wortes servus oder servitus mag uns so somit vielleicht eine schlechte Etymologie, wohl aber die wichtige und glaubwürdige historische Thatsache einer ersten Gewährung und Anwendung des Rechtes der quasi-possessio der Servituten des

---

28a) Auf diese Zeit wohl bezieht sich noch die Stelle bei Festus (nach Huschke): possessio est, ut definit Aelius Gallus, usus quidam agri aut aedificii, non ipse fundus aut ager — neque qui dicit, se possidere, is suam rem potest dicere. Itaque in legitimis actionibus nemo ex j. Qu. possessionem suam vocare audet, sed ad interdictum venit, ut praetor his verbis utatur etc.; weitere ähnliche Stellen §. 20 Note 8; vgl. überhaupt §. 19—21 und 5 e; Dernburg, jurist. Bes. des r. Rs. 1883 S. 29 f. Der Ausschluss des Eigentumes hieran dauerte wohl für die plebs bis zu den XII Tafeln (§. 22), für die übrigen Peregrinen bis zur actio Publiciana (§. 19 zu Note 10).

29) Fragm. Vat. 50: et mancipationem et in jure cessionem lex XII tab. confirmat.

jus gentium in Rom überliefert sein: die röm. servitus entstand dadurch, dass auch den, des commercium nicht Teilhaftigen ein Beuteanteil nach jus gentium gewährt wurde.

Damit haben wir aber gleichzeitig nicht bloss einen Aufschluss über die erste Entstehung der quasi-possessio, sondern weiter auch eine nähere Aufklärung der ersten Entstehung des röm. commercium. Dasselbe ist ein cum-mercium, ein Recht: der Mitlöhnung. Eine ähnliche Bedeutung ergibt der ältere Wortsinn derjenigen Definition, welche Ulpians Fragmente [30]) überliefern: commercium est emendi vendendique invicem jus; wie nämlich schon bemerkt, bezeichnet das emere [31]) in römischer Vorzeit (antiquitus) nicht einen Kauf; in einem blossen Kaufsrechte konnte auch die Befugnis des röm. commercium überhaupt nicht bestanden haben; denn die Wirkungen eines Kaufes zwischen Bürgern und Fremden in Handel und Verkehr waren wohl von jeher (§. 16) ohne commercium erreichbar; das Wort emere musste daher auch in diesem überlieferten Begriffe des Wortes commercium die Bedeutung eines Rechtes gehabt haben, etwas vom populus der Patricier zu „empfangen“. Und das, was der Fremde nicht schon zuvor nach jus gentium erwerben konnte, das, was der peregrine Bundesgenosse und die privata plebs vor allem erstrebte, und was sie gerade durch die „Heerführer“ (imperatores Note 25) erhalten konnte, war unzweifelhaft: Anteil an der, dem populus als res mancipi vorbehaltenen Kriegsbeute, und zwar nach dem, diesen Peregrinen nach dem Fremdenverkehrsrechte des jus gentium allein erreichbaren Rechte der servitus. Was sonst hätte der, mit dem welterobernden röm. populus die Gefahren der Schlachten,

---

30) Ulp. fragm. XIX § 5.

31) Festus s. v. redemptores: nam antiquitus emere pro accipere ponebatur. Dass das vendere eine blosse Verteilung bezeichnete, ergibt sich auch aus dem „nummo uno vendere“ bei Ackerverteilungen; vgl. Ackergesetz des Thorius, Rudorff, Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. X S. 115, Puchta, Curs. II §. 238 f, dann aus dem venire bei Austeilung von Gefangenen: Paul. Diac ex Festo: Sub corona venire dicuntur, qui captivi coronati solent venire, — id autem signum est, nihil praestari a populo. Auch die spätere civile Form der Beuteverteilung, die mancipatio, nennt Gajus I §. 113 u 119 eine immaginaria „venditio“. Historisch ungenauer übersetzt schon Paulus ex Festo s. v. Abemito das Wort emere mit sumere; letzteres ist allerdings falsch; vgl. auch Bechmann, der Kauf I S. 20.

nur nicht die Vorteile des Sieges, teilenden, im Kriege verarmenden röm. plebs mehr begehrenswert erscheinen, was sonst vor allem die, an Zahl dem populus überlegene plebes fortwährend zu Secessionen und Rogation von Ackerverteilungen anregen sollen?

Anf diese Weise dürften wir uns somit das ursprüngliche Wesen und die volle Bedeutung des röm. commercium vor Augen stellen können, des Rechtes, für dessen Erringen die röm. plebs so gewaltige Kämpfe mit dem alten populus der Patricier führte. Sein ursprünglicher Inhalt war weder ein, praktisch längst zuvor geübtes Recht, zu kaufen, noch wie die Neueren [32]) den Begriff nach seiner späteren Bedeutung definieren: ein Recht, mit den Quiriten wirksame Rechtsgeschäfte abzuschliessen; der Ausschluss vielmehr von solcher Befugnis war schon Folge des antiken Principes der persönlichen Rechte, nicht des mangelnden commercium oder des Rechtes der Mitlöhnung. Dem Ringen der plebs nach letzterem Rechte lag vielmehr ein weit mehr concretes, materielles Endziel vorgestreckt; dies Ziel war: Anteilnahme an der Beute, welches so nicht bloss Anteil an der erbeuteten beweglichen Habe, sondern auch eine veränderte Ackergesetzgebung erstrebte. Auf diesem realen Boden fusste das röm. commercium, und dieses Ziel wurde von der röm. plebs nicht auf einmal, sondern nur in Abstufungen erreicht. — Eine erste Abstufung nur ist es, mit welcher wir es hier zu thun haben. Sie gewährte der plebs noch nicht ein „Eigentum", sondern vorläufig nur das jus in re „aliena" der servitus: damit war die röm. Verfassungsbestimmung, wonach die Beute dem populus Romanus der Patricier allein zugehörte, und wonach dem fremden Stammgenossen an dem Eigentume des anderen Stammes überhaupt keinen Anteil zustehen konnte, dem Buchstaben nach noch nicht gebrochen, sondern nur umgangen; denn das Eigentum verblieb ja nach wie vor diesem populus, der plebs wurde ja nur ein Recht an fremdem Eigentume: ein jus in re aliena gewährt. Mehr aber konnte ohne Verfassungsänderung nicht gewährt werden. Ein Mehr, eine zweite Stufe, welche der plebs das volle Eigentum durch mancipatio verlieh, wie dieses in den XII Tafeln confirmiert erscheint, musste das Stammesrecht der Patricier zu Gunsten der plebes überhaupt brechen und die Aufnahme der, zuvor fremden plebs in den „populus der civitas Romana" selbst zur Folge haben. Die „Civität"

---

32) Savigny, Syst. II S. 27; Puchta, Curs. II §. 217.

in ihrem wesentlichsten Bestandteile erwirkte ja in der That diese zweite Stufe des commercium; denn die römische civitas bestand im wesentlichsten überhaupt: aus diesem commercium (civile) und dem später gewährten connubium.

Dieses frühere geschichtliche Auftreten des commercium im „jus gentium“ klärt nun zugleich wieder eine doppelte, wenn auch nebensächliche Thatsache auf. Einmal: warum die Römer, wie z. B. Hermogenian [33]), das commercium im jus gentium, nicht im jus civile entstehen lassen, obgleich es doch sogar Voraussetzung der Civität ist; wäre dasselbe nämlich sofort dazu geschaffen worden, durch mancipatio etc. die plebs zum Erwerbe des „civilen“ dominium zu befähigen, so hätte es umgekehrt als reines jus civile bezeichnet werden müssen; nicht aber, da es in Wirklichkeit der plebs anfänglich nur eine servitus des jus gentium verschafft hat. — Zweitens erklärt sich hieraus jetzt die Thatsache, warum sich von einer Verleihung des commercium durch die XII Tafeln in den erhaltenen Fragmenten der letzteren (abgesehen etwa von commercium mortis causa: der testamentifactio) nichts erwähnt findet. Auch dies erklärt sich jetzt einfach durch die Thatsache, dass das commercium in diesem Gesetzbuche in der That nicht erst verliehen wurde, sondern dass dies Recht einer Mitlöhnung aus der Beute schon zuvor bestand; denn das, was die XII Tafeln wirklich neu confirmierte, sind nur die Erwerbtitel zum Erwerbe des vollen „Eigentumes“ der plebs an dem territorium Romanum und den res mancipi: die mancipatio, in jure cessio, usucapio, diese höhere somit, oder wenn man will, civile Stufe des commercium. Das commercium an sich aber war schon zuvor durch das jus gentium: durch die Gewährung von quasi-possessio ermöglicht worden. — In dieser Weise somit entwickelte in Rom die possessio und quasipossessio ausschliesslich die ersten Keime des anfänglich nur dinglichen Rechtsverkehres des jus gentium.

---

33) l. 5 D. J. et J. 1, 1: Ex hoc jure gentium introducta bella, discretae gentes, dominia distincta — „commercium“, emtiones, venditiones.

2. Faktischer Charakterzug. — Römisches factum: possessio facti. Röm. traditio. Spätere abusive Bedeutung des Wortes factum.

§. 16.

Im vorigen § haben wir die dingliche Beschränkung des Rechtsverkehrs des ältesten jus gentium kennen gelernt. Wir haben gesehen, wie die „Objekte“ dieses Verkehrs nur res sein konnten, an welchen ein res repetere und eine possessio möglich war; wie ebendeshalb der Begriff dieser res von den res corporales nec mancipi ausgehend, an welchen den privati und Fremden zuvor allein das Eigentum der possessio nach jus gentium zustehen konnte, zu res incorporales oder zu jura in re aliena der Servituten an den vorbehaltenen res mancipi des populus der Patricier, an welchen Fremden zuvor keinerlei Eigentum zustand, erweitert worden sein musste, und wie an ebendenselben alsdann den Fremden wenigstens vorläufig ein quasi-Eigentum nach jus gentium: die quasi-possessio und ein res repetere der res incorporalis ermöglicht ward.

.Jetzt wollen wir weiter verfolgen, wie dieser dinglich beschränkte Verkehr der possessio des jus gentium zuerst in Bewegung, in Cirkulation trat, um den Verkehr zu erschöpfen: wir verfolgen die ursprünglichen Rechtsgeschäfte des jus gentium. Ein jeder Rechtsverkehr, sei er Handelsverkehr oder alltäglicher Wandel, besteht aus dem Erwerbe des Rechtes auf der einen, aus dem Verluste desselben Rechtes auf der andern Seite; hier also, wo andere Rechte, Verträge etc. unmöglich waren: aus Erwerb und Verlust von possessio und quasi-possessio allein. Die einzigen Rechtsgeschäfte des jus gentium waren deshalb ursprünglich die Apprehension der possessio des jus gentium, welche in die originäre occupatio und die derivative traditio des jus gentium (N. 28) zerfiel. Fragen wir nun näher: wie konnte diese Apprehension der possessio den Verkehr überhaupt erschöpfen? Wie schon bemerkt: uns heutzutage scheint auch schon ein blosser Erwerb von Eigentum und dinglichen Rechten unumgänglich wenigstens zugleich einen rechtsverbindlichen „Vertrag“ vorauszusetzen. Der Consument, der Kaufmann beispielsweise bei uns kauft und tauscht; unter einem solchen Kaufe und Tausche denken wir uns nur wirksame Verträge. Ebenso war es in Rom in den Particular-Stammrechten. Im jus civile beispielsweise waren die „mündlichen“ Ver-

träge der mancipatio, in jure cessio, stipulatio etc. und ebenso wohl in den particulären Stammrechten peregriner civitates die mündlichen pacta sogar allein zur Eigentumsübertragung hinreichend[1]). — Anders aber im ältesten jus gentium. Zu wechselseitigen Verträgen mit fremden Stämmen waren in Rom der Stamm des populus der Römer und jene unter sich bis etwa in das 6. Jahrhundert der Stadt überhaupt nicht befähigt[1a]); dieselben hinderte das Princip der persönlichen Rechte sowie das, später diesen Sinn annehmende commercium oder das fehlende sog. jus emendi nach Ulp. (§. 15). Wie gestaltete sich nun hier dennoch ein Verkehr mittels possessio?

Hier konnte somit nur ein „Surrogat“ für den, im ältesten jus gentium bis etwa ins 6. Jahrhundert der Stadt unmöglichen Vertrag eintreten; und dieses, bisher von uns so völlig verkannte, weil mit dem germanischen Besitze verwechselte[2]), Surrogat war das römische factum: der ganze röm. Verkehr nach ältestem jus gentium wurde geregelt und ermöglicht einzig durch den Schutz dieses factum. — Dasselbe ist diejenige, wenn auch nur vorübergehende Thatsache oder der möglicherweise vorübergehende status quo ante vor der Zeit der Störung und Klagestellung, welchen der aburteilende Richter oder magistratus erwiesen vorfindet, und welcher ergibt, dass gegenüber dem Eigentumsprätendenten die Absicht der Eigentumsübertragung und des Eigentumserwerbes: der animus domini, sich „thatsächlich“ (corpore et animo domini) bereits verkörpert hat; nach Mommsen[3]) ist dies factum die „Theorie der vollendeten Thatsache“; dasselbe etwa somit, was das heutige Staats- und Völkerrecht mit den „faits accomplis“ bezeichnet: Damit dürfte der faktische Charakterzug des röm. jus gentium wie der röm. possessio und quasi-possessio, welche bis in's

---

1) Festus s. v. Nuncupata: cum nexum faciet mancipiumque, uti linqua nuncupassit, ita jus esto. Vgl. §. 3 N. 36 u. 37. Darüber, dass die pacta bei privati oder Peregrinen wirksam waren, vgl. §. 5 N. 6.

1a) Spuren der früheren Regel: Gajus III §. 132: non ipso nomine — obligantur (sc. peregrini) vgl. unten Note 32.

2) Ueber die Verschiedenheit von röm. factum und heutigem Besitze vgl. schon oben §. 3 Ziff. 7, a.

3) Mommsen r. Gesch. 3. Aufl. II S. 82 cf. 5. Aufl. III S. 87; die Römer bezeichnen deshalb später das jus gentium selbst als factum: vgl. unten Note 30 f. Eine praktische Anwendung dieses factum in dem usus des Eigentums der Patricier am ager publicus v. §. 20 mit 19 Note 10.

6. Jahrhundert der Stadt den gesamten Rechtsverkehr des jus gentium erschöpfte, vorerst begrifflich gekennzeichnet sein. Dieser Charakterzug äussert sich aber praktisch eben darin, dass das jus gentium unter mehreren Eigentumsprätendenten niemals demjenigen den Vorzug oder überhaupt ein Recht gewährte, welcher die Sache zuvor durch ausdrücklichen „Vertrag“ z. B. Kauf allein erworben hatte, weil dieser unwirksam gewesen wäre, sondern einzig demjenigen, welcher durch die „Thatsache“: eben das factum oder das corpus mit dem animus, Eigentum zu erwerben, den Eigentumserwerb als „Thatsache“ verkörpert hatte. — Dass dieses factum des corpus und animus sich ferner keineswegs stets in dem ausprägen müsse, was wir heutzutage mit einem faktischen Besitze, diesem länger, für die ganze Besitzdauer fortdauernden Innehaben der ganzen Sache, bezeichnen, habe ich bereits (§. 3 Z. 7, a) erwähnt. Denn vor allem ist bei dem factum des röm. Eigentumserwerbes der possessio ein „animus“ domini, eine Absicht, die Sache als Eigentum zu erwerben, wesentlich, bei dem heutigen „Besitze“ z. B. des Pfandgläubigers etc. dagegen sogar unzulässig. Ueberdies ist auch die Thatsache des heutigen fortdauernden „Besitzes“ möglicherweise eine ganz andere Thatsache und weit mehr, als die, möglicherweise nur vorübergehende Verkörperung des röm. corpus oder factum der Apprehension; das röm Eigentum der possessio ist nämlich schon erworben durch ein blosses facto incipere [4]), gleichviel ob dieses Faktum, wie beim heutigen Besitze, andauert, und ob es gerade in dem Innehaben der Sache besteht; es gibt daher auch noch eine Reihe anderer Thatsachen, ausser dem Besitze nach heutigem Begriffe, welche den Eigentumsübergang concludent und als faktisch erfolgt ersehen lassen; selbst ein unrechtswirksamer Vertrag [5]) z. B. kann dies röm. factum dennoch resultieren, nicht als Vertrag, sondern sobald sich nur in diesem Vertrage die Absicht äusserlich als „Thatsache“ ausprägt oder verkörpert, dass das Eigentum schon jetzt sofort übergegangen sein sollte, soferne also nur der Vertrag kein blosses pactum de contrahendo etc. ist, bezüglich der Identität des Objekts unzweifelhaften Consens zeigt,

---

4) l. 1 §. 3 D. de poss. 41, 2: possidere „incipere“ posse — rem facti, non juris esse; — (l. 1 §. 4 eod: si vir uxori „cedat“ possessione donationis causa — possidere eam, quoniam res facti infirmari jure civili [sc. lege civili Cincia §. 8] non potest).

5) oben §. 3 zu Note 23.

und derselbe überhaupt in der beiderseitigen Willenserklärung über die Perfektion der Eigentumsüberlassung keinerlei Zweifel Raum gibt.

Aus einem solchen Begriffe des röm. factum, aus einer solchen thatsächlichen Willensverkörperung der Eigentumsüberlassung allein lassen sich ebendeshalb nun auch die sämtlichen, bei Savigny [6]) und andern gesammelten Beispiele und Erscheinungen der röm. traditio erklären, derjenigen traditio, welche die technische Bezeichnung des Rechtsgeschäftes der derivativen Eigentumsüberlassung der possessio nach jus gent. ist, und eben durch dies factum: animo und corpore allein vor sich geht. Wir können deshalb zwar diese traditio mit Savigny nach heutigen Rechtsbegriffen auch als einen stillschweigenden, concludenten Vertrag erklären. Aber in Rom galt dieselbe für die vertragsunfähigen Peregrinen eben nach jus gentium niemals als Vertrag, sondern sie konnte dort den Eigentumsübergang der possessio nur bewirken als Thatsache: wenn sich durch sie eben dies röm. „factum" des Eigentumsüberganges oder der animus, dass hiedurch der Eigentumsübergang sofort als geschehen ausgeprägt werden sollte, „thatsächlich verkörperte." Im übrigen aber war diese römische traditio keineswegs notwendig das, was sonst noch romanische und germanische Jurisprudenz, z. Teil selbst auch noch Savigny's herrschende Besitzlehre, unbewusst nach germanischen Ueberlieferungen, welche bis in die germanischen Volksrechte hinauf verfolgbar sind [7]), im einzelnen fordert, nämlich nicht: eine Gegenwart bei dem Immobile sowie ein Ergreifen mit der Hand bei Mobilien oder doch eine unmittelbar gegenwärtige Möglichkeit, auf die Sache einzuwirken.

Dass nun in der That die röm. traditio, dies röm. factum, nicht nur keinerlei faktischer „Besitz" der Neueren, sondern auch nicht einmal notwendig diese „Möglichkeit einer Einwirkung auf

---

6) M. vgl. die Materialien über den Begriff der röm. traditio bei Savigny R. d Bes. 6. Aufl. S. 235—265, 362 ff. Ueber Savignys Anschauung, dass die traditio ein „wahrer Vertrag" sei: Syst. III §. 140 S. 312.

7) Brunner zur Rechtsgesch. der röm. u. germ. Urkunde 1880 I. S. 275, 302; hiezu Franken in Goldschm. Zeitschr Bd. 28 S. 389 mit Savigny Bes. l c. S. 233, 266, 247 f. — Savigny's Gegenwart der Contrahenten beim Grundstücke etc. sind hienach in der That Erfordernisse für Uebereignungsgeschäfte der „germ. Volksrechte", nicht des röm. Rechts!

die Sache“ nach Savigny und überhaupt nichts war, als jene obige Verkörperung des Willens, lässt sich aus mehrfachen Beispielen ersehen. — Z. B. vor allem schon aus dem sog. constitutum possessorium; dieses ist nur eine Art der wirklichen römischen „traditio“; in ihr bleibt aber der neue possessor, welcher nach Savignys Theorie einen „faktischen Besitzer“ bezeichnen sollte, sogar vertragsmässig gerade umgekehrt von diesem faktischen Besitze ausgeschlossen. Ich habe schon wiederholt ausgeführt [8]), dass wir diese Art der Tradition auch nicht mit Savigny, wohl übergelehrt, dahin construieren dürfen, dass hier durch den, die possessio Veräussernden eine „Stellvertretung“ — nicht bloss im Rechte oder Eigentume der possessio Platz greifen solle, dagegen wäre ja wohl vernünftigerweise nichts zu erinnern, sondern: überdies auch noch eine Stellvertretung — in der „Thatsache“ oder dem factum der „Besitzübertragung“, durch welche dies Recht der possessio nach seiner Theorie erst erworben werden soll; es sollte damit eine Stellvertretung in der „Thatsache“ des vermeintlich notwendigen faktischen Besitzes eintreten; dass nun aber eine „Thatsache“ durch Stellvertretung eintreten sollte, so dass nichtsdestoweniger ich, nicht mein Stellvertreter „faktisch“ im Besitze sein sollte, erschiene denn doch wohl als ein Ding „faktischer Unmöglichkeit“. Dies hiesse ja etwa, für einen andern thatsächlich essen, schlafen, sich freuen — für einen andern „faktisch“ besitzen — können! Diese Annahme ist vollständig unrömisch wie unmöglich, und es ist klar, dass durch dies constitutum possessorium die possessio entsteht, ohne dass der possessor selbst faktisch besitzt oder auch nur notwendig die „Möglichkeit einer körperlichen Einwirkung“ auf die, etwa Meilen weit entfernte oder etwa eingesperrte etc. Sache bei dem zum Verschlusse berechtigten Mieter etc. erlangt hat. — Ebensowenig bewirkt u. a. die bekannte Bestimmung, dass die römische „traditio“ der Sklaven durch die Uebergabe der „Erwerbbriefe“ allein schon vollzogen [9])

---

8) Seitz das heutige positive u. nationale Besitzrecht 1880 S. 102, 100 ff. etc.

9) c. 1 C. de donat. 8,54 mit Savigny Bes. 6. Aufl. S. 244—250. Den trefflichen Forschungen von Brunner stimme ich somit darin vollkommen bei, dass es in Rom möglich war, auch an Sklaven ohne heutige Besitzübertragung durch rechtswirksame Contrakte (nicht blosse pacta nuda, z. B. durch Verbalkontrakte der Stipulation, vgl. Note 1 und §. 3 N. 37)

sei, (weil damit eben die Willensverkörperung der röm. Eigentumsüberlassung thatsächlich i. e. das röm. factum eingetreten ist), zugleich eine heutige „Besitzübertragung“ oder auch nur die „Möglichkeit einer unmittelbaren Einwirkung“ auf diese Sklaven; denn wer die Kaufbriefe faktisch besitzt, „besitzt“ offenbar dadurch allein noch keineswegs notwendig die Sklaven selbst; diese können inzwischen verlaufen, gestohlen sein etc.! Diese eine blosse Anwendung des richtigen Begriffes der röm. traditio als Verkörperung hat deshalb eine frühere Zeit grundlos als eine fingierte, „symbolische“, Savigny aber, um auch in diese die heutige Besitzübertragung oder doch die vermeintlich notwendige „Möglichkeit einer Einwirkung“ hineinzutragen, ohne Grund dadurch zu erklären versucht, dass er ganz willkürlich eine Gegenwart der Sklaven beim Vertragsabschlusse in das Gesetz hineinlegte, von welcher in diesem nun einmal nichts steht; vielmehr beweist eben gerade auch diese Bestimmung direkt, dass die römische traditio nichts, als jene thatsächliche Willensverkörperung der Eigentumsüberlassung war. — Derselbe Begriff

oder durch den, neu sich bildenden Litteralcontrakt des Urkundenaustausches nach Brunner das Eigentum zu übertragen. Nur speciell bei der c. 1 de donat. möchte ich mich dahin neigen, in der Uebergabe der instrumenta deshalb eine reine Anwendung der allgemeinen Regel der röm. traditio, (eines corpus und animus oder eines factum der Willensverkörperung) zu ersehen, nicht mit Brunner 1) eine Ausnahmsvorschrift für Sklaven allein 2) einen mit dem constitutum possessorium in Verbindung stehenden Gegensatz zur röm. traditio; — zu 2) weil doch die Stelle selbst ausdrücklich besagt, dass darin eine traditio vorliege; — zu 1) weil das kaiserl. Rescript die ihm unterbreitete Frage, ob eine traditio vorliege, nur nach den bereits bestehenden Regeln entscheiden konnte; hätte es ausnahmsweise für Sklaven etwas und etwas von den bisherigen Vorschriften über traditio Abweichendes vorgeschrieben, so wäre dies keine Entscheidung eines Rechtsfalles, sondern eine Rechtsverletzung gewesen, weil es neues Recht rückwirkend angewendet hätte. Die Römer selbst unterscheiden überdies auch das, dem jus gentium entstammende sog. constitutum poss., dessen besonderen Namen sie nicht einmal kennen, selbst niemals von der traditio; und in der That dürfte auch dies constitutum, welches in der Uebergabe der instrumenta zu Tage tritt, selbst nur eine traditio, d. i. eine Anwendung der allgem. Regel sein, dass die röm. traditio durch das factum der äusseren Willensverkörperung der Eigentumsübertragung, freilich nicht erst durch Besitzübertragung, eintrete. Sehr einverstanden bin ich deshalb mit Brunner, dass dieses constitutum eine „Erklärung“, nicht etwa eine Stellvertretung im Faktum nach Savigny ist. (Note 8).

der röm. traditio bewährt sich ferner in allen übrigen Beispielen der röm. Quellen. Bei Hölzern z. B. genügt das blosse Signieren des, selbst in fremdem thatsächlichen „Besitze“ oder Gewahrsam „verbleibenden“ Holzes zur traditio des Eigentums der possessio; bei schwer beweglichen Sachen, wie Säulen, der blosse „Consens“ oder „Vertrag“; dass derselbe nach der bezüglichen Stelle zugleieh in re praesenti vorgeht, erfordert nur die beiderseitige Uebereinstimmung beim Kauf über eine certa res, die Gegenwart ist aber nicht erforderlich zum Eigentumsübergange der possessio, sobald die Identität der gekauften Säulen etc. aus andern Gründen ausser Zweifel ist. Bei andern Gegenständen endlich genügt: der blosse Auftrag an sich, dass ein Dritter, ein Schuldner z. B. die Sache dem Erwerber gebe, ohne dass der Auftrag bereits durch Besitzübertragung vollzogen zu sein braucht; oder auch schon das blosse Abhalten der fremden Gewalt, so dass dem Erwerber die vacua possessio offen bleibt; oder das Vorzeigen von einem benachbarten Turme; oder die Selbstoccupation des Erwerbers sciente venditore [10]) u. s. w. Alles dieses ergibt, dass das röm. factum oder corpus, durch welche die röm. possessio erworben wird, keineswegs notwendig der andauernde faktische „Besitz“ der ganzen Sache oder eine Besitzübertragung im heut. Sinne ist [11]).

Dieses factum des corpus und animus domini, welches sich in der Apprehension, bestehend aus originärer occupatio oder derivativer traditio, äussert, ist endlich die einzige Voraussetzung für den Begriff und den Erwerb des röm. Eigentums der possessio nach jus gentium. Denn dies factum ist sogar gleichbedeutend mit — und der Inhalt — der causa, d. i. des Er-

---

10) l. 14 § 1 D. 18, 6; l. 1 §. 21 D. de poss. 41, 2; l. 52 §. 2, l. 18 §. 2 eod. c 2 C. de poss. 7, 32.

11) Das Erfordernis einer germanischen Besitzübertragung beim Eigentumserwerbe würde neben dem Vorzuge der Sicherheit anderseits kaum durchgängig ausführbar sein und zu vielen Chikanen für Verkehr und Handel führen. Eine gestohlene Sache könnte nur der Dieb, nicht der Eigentümer rechtswirksam veräussern; der Handel könnte nur das wirksam verkaufen, was der Händler mit sich tragen kann, nicht Massen oder in Distanz befindliche Güter; Erbrechte, Gütergemeinschaft der Eheleute, gerichtliche Zuerkennung, die Wohlthaten des Grundbuches würden so nie oder kaum vollständig erreicht werden können. Vgl. u. a. mein Rechtsgutachten über die Tradition, Verh. des 14. deutschen Juristentages 1878 Bd. I, 2 S. 56 ff; oben vgl. §. 4 N. 10.

werbtitels des Eigentums der possessio nach jus gentium, welche causa ebendeshalb auch direkt als „causa facti" bezeichnet [12]) wird, (ähnlich wie in Frankreich der germanische faktische Besitz als Titel der Mobiliarklage bezeichnet wurde: possession vaut titre cod. civ. art. 2279). Ein weiteres, als corpus und animus oder dieses factum, erfordert begrifflich dies röm. Eigentum der possessio nicht. — Eine justa causa insbes. bewirkte zwar, dass unter den mehreren Eigentumsprätendenten demjenigen der Vorzug gegeben wurde, bei welchem sich der Eigentumserwerb zugleich ex justa causa thatsächlich verkörpert hat: sie bewirkte ein besseres, obsiegendes Eigentum; sie „erzeugte" aber nicht erst den Begriff des Eigentums der possessio selbst; dieser war vielmehr durch das factum des corpus und animus allein schon erworben, und auch der possessor ohne justa causa hat insolange dritten Un- oder weniger Berechtigten gegenüber Eigentum und die Sache im Vermögen (in bonis), als sie ihm der bessere Eigentümer ex justa causa nicht evinciert §. 23. Dieses bessere Recht oder plus juris wurde nun zwar auch schon in dem älteren Interdiktenprozesse mit berücksichtigt durch die Berufung auf vitia des Gegners: auf dessen vi, clam und precario possidere, oder m. a. Worten durch die Berufung darauf, dass ich zuvor das Eigentum [13]) schon thatsächlich selbst apprehendiert habe, und noch mehr in der späteren actio Publiciana, dadurch, dass hier diese justa causa ausdrücklich eine der Voraussetzungen des judicium selbst bildete: das bevorzugte judicium Publicianum erforderte so zwar allerdings den Nachweis der justa causa schon zur Klagebegründung; das weniger begünstigte, ältere interdictum noch dagegen erforderte — selbst auch zur

12) Eine causa facti speciell wird erwähnt u. a. in l. 19 D. ex quibus c. 4, 6: possessio plurimum facti habet, causa vero facti non continetur postliminio d. h. die blosse civile Vorschrift des postliminium bildet kein factum und keinen Erwerbtitel des jus gentium vergl. Note 4 und 24 (facto possidere). Andere Stellen über die causa possessionis oben §. 3 Note 58. — Dass die traditio an sich schon eine causa der possessio ist, zeigt auch der Umstand, dass dieselbe geradezu als Erwerbart neben den justae causae erwähnt wird; z. B. l 1 §. 7 D. de superf. 43, 18: sed et tradi posse intelligendum est, ut et legari et donari possit; d. h. die superficies kann man erwerben: entweder (nach jus gentium) durch traditio oder (ohne traditio des jus gentium nach jus civile) durch legatum oder, donatio.

13) Seitz heutiges Besitzrecht 1880 S. 68–70.

Klagebegründung — nichts, als die Thatsache oder den Titel des röm. factum, die justa causa war hier umgekehrt nur Sache der Einrede. So erklärt es sich zugleich, warum die Römer die possessio ex justa causa nur als eine bessere species[14]) derselben possessio erachten konnten: weil eben diese begrifflich aus dem Titel des factum allein schon erstand.

Nachdem wir auf diese Weise das Wesen des röm. factum vorläufig begrifflich kennen gelernt haben, wollen wir noch weiter versuchen, einen Blick in das innere Getriebe, in die Werkstätte des ältesten, auf diesen Verkehr mittels der Thatsache (factum) des Eigentumsüberganges der possessio allein beschränkten röm. jus gentium zu werfen; dort werden wir ersehen, wie das Surrogat des heutigen Vertrages, das röm. factum, ebenda im dinglichen Verkehre mittels blosser Uebertragung der possessio und quasipossessio an res und mittels des repetere dieser res (§. 15) die ersten Anfänge eines Verkehrs mit rechtlosen Fremden überhaupt ermöglichte und erschöpfte.

Zunächst den Verkehr an körperlichen Gegenständen. — Die Verträge der emtio-venditio etc. z. B. waren als persönliche Consensualverträge ursprünglich, wie alle pacta[15]), von welchen erst etwa seit dem 6. Jahrhundert mehrfache Aufnahmen in das positive jus gentium stattfanden, pacta nuda; insolange waren sie inter gentes im pos. jus gentium, als Verträge, klage- und wirkungslos. An deren Stelle musste also im alten Rechtsverkehre das blosse factum der thatsächlichen äusseren Kundgabe des Uebergegangenseins des Eigentums der possessio für den Verkehr mit Mein und Dein die allein rechtsbestimmende Wage abgeben. Die einfachste Form zur Ersetzung des Kaufs durch dies röm. factum

---

14) l. 3 §. 21 D. de poss. 41, 2.

15) Die Bezeichnung des Kaufes als (früher unklagbares) pactum findet sich noch später erhalten z. B. tit. D. de contr. emtione et de pactis inter emtorem et venditorem compositis 18, 1. Das alte emere bezeichnete überhaupt keinen Vertrag, sondern ein einfaches Erhalten, §. 15 Note 31, somit nur ein factum. Für das älteste Recht aber konnte man mit Leist sagen: auch der Kauf war rechtlich nur ein Erwerb ex re in dem hier vorl. Sinne; denn der „Consensualvertrag“ der emtio venditio des jus gentium wurde erst nach der lex Aebutia klagbar §. 19. Freilich darf man den Worten nicht die, bei Bechmann, der Kauf I S. 312—313, erwähnte Auslegung unterlegen; vgl. vielmehr unten zu Note 32.

nun war, wie schon Puchta erwähnt: die Dereliktion des Kaufgegenstandes oder Kaufpreisses auf der einen und die originäre Occupation dieser Gegenstände auf der andern Seite; dies genügte zur Erzielung eines Rechtserfolges aus dem Kaufe, Tausche; denn damit war das factum des Eigentumsüberganges, corpus und animus, beiderseits vollendet und jeder der Contrahenten war Eigentümer, ohne dass es noch eines wirksamen persönlichen Vertrages bedurft hätte: der Käufer war Eigentümer des Kaufgegenstandes, der Verkäufer des Erzes, Geldes. Nur konnte es hier etwa sein, dass der eine Occupant die Sache mit sich fortnahm, ohne das aes oder die Gegenleistung herauszugeben; den Käufer zwang ja hier keinerlei persönliche obligatio zur Zahlung. Aber auch da kam dem Verkäufer ein, selbst in die XII Tafeln übergegangener Satz des jus gentium zu Hülfe, welcher das Eigentum selbst an einer, justa causa tradierten Sache erst mit der Zahlung des Kaufpreises übergehen liess [16]), so dass hier einfach der Verkäufer ein res repetere eintreten lassen konnte. Behielt aber umgekehrt der Verkäufer das Eigentum der Sache, nachdem der Käufer gezahlt hatte, so konnte dieser das gegebene aes als res sua zurückvindicieren, während das rechtmässig gezahlte Geld nicht zurückverlangt werden konnte; schon das latinische Bündnis vom Jahre 268 der Stadt wie die späteren carthagischen [17]) vom Jahre 406 u. 448 scheinen eben diese Verhältnisse geregelt zu haben, abgesehen davon, dass hier auch schon nach jus gentium eine soluti retentio [18]) eintrat. — In gleicher Weise ersetzte das röm. factum andere Verträge. Eine Schenkung z. B. konnte zweifellos durch Hingabe der possessio realisiert werden; noch Spätere bezeichnen selbst das blosse precarium gleichfalls schon als species liberalitatis [19]). Ebenso konnten der Innominatcontrakt des älteren jus gentium [20]): do ut des und die sämtlichen Realcontrakte des jus gentium [21]): das

---

16) §. 41 J. de rer. divis. 2, 1; l. 19, 53 D. de contr. empt. 18, 1; v. Ihering Geist des r. Rechts II, 2 §. 46 Note 711.

17) Festus s. v. nancitor: item in foedere Latino: pecuniam quis nancitor, habeto. Polybius III, 22; vgl. Bechmann Kauf I S. 439.

18) Puchta Curs. III §. 268 Note p u. h und Rudorff hiezu, Savigny Obligationenrecht I §. 12 S. 100 N. a. S. 103 N. d.

19) Ulp. l. 1 §. 1 D. de prec. 43, 26 vgl. Paul. l 14 eod.

20) Rudorff r. RG. I §. 21 S. 52 N. 3.

21) §. 2 J. de jure nat. 1, 2.

mutuum, commodatum, depositum, pignus, durch das res repetere ersetzt werden. Beim depositum und commodatum führte dieses direkt zum Ziele, weil hier das Eigentum des Deponenten etc. ohnehin nie verloren ging; dies und das commodatum konnte daher zweifellos gleichfalls mit dem interdictum de precario des jus gentium geltend gemacht werden, auf dessen Aehnlichkeit noch Ulp. hinweist [22]; aber auch das mutuum wurde ursprünglich nur als aes alienum bezeichnet, so dass mit diesen Worten schon die Möglichkeit des repetere der „fungiblen" res sua des Darleihers angedeutet zu sein scheint. Möglich, dass hiebei früher eine Zinsverbindlichkeit, weil auf Vertrag beruhend, auf Seite des Fremden zwar ursprünglich nicht eintreten konnte; aber das jus gentium half sich wohl auch darüber durch die Erfindung des Begriffes der Accessorietät der Zinsen hinweg, so dass alsdann das fungible Capital wie die accessorischen Zinsen als res gleichzeitig dem res repetere unterlagen, und vielleicht liegt hierin der geschichtliche Grund, warum selbst mit Rechtsmitteln des jus gentium Zinsen nicht selbständig, sondern nur zugleich mit dem Capitale, verlangt werden konnten. — Das hienach notwendig hohe Alter dieser Realgeschäfte beweist gleichzeitig z. B. der Umstand, dass das pignus, diese Verpfändung durch Eigentumsübertragung nach jus gentium, entsprechend dem civilen Doppelrechte der fiducia, gleichfalls schon im latinischen Bündnisse erwähnt ist [23], ferner wird dasselbe durch das gleich hohe Alter der Interdikte bewiesen, mit welchen diese Rechtsgeschäfte geltend gemacht werden (§. 10 Z. 5) u. s. w.

Wie dieser Verkehr mittels possessio an körperlichen Gegenständen, so wurde zweifellos auch der, mittels quasipossessio an unkörperlichen Servituten des jus gentium ursprünglich durch das factum [24] geregelt; und wenn hier später, zur Zeit der klassischen

---

22) l. 1 §. 3 u. 1 D. de praec. 43, 36.

23) Festus s. v. nancitor: item in foedere Latino – si quid pignoris nanciscitur, sibi habeto. Lange röm. Altertümer §. 35. Rudorff zu Puchta C. II §. 248 N. e.

24) l. 20 pr. D. de serv. praed. urb 8, 2: servitutes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur. Nam si forte aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero, — hoc, ut immissum habeam per causam tigni — possideo habendi consuetudinem; — si stillicidium in tuum projecero — quasi „facto" quodam possideo (der quasi-possessio und dem

Jurisprudenz, mehr der „Vertrag“ an dessen Stelle getreten war, so dürfte der Uebergang hiezu wahrscheinlich dadurch vermittelt worden sein, dass die Selbstoccupation des Vertragschliessenden dasselbe factum bewirkte, wie die derivative traditio.

Endlich wurde ganz ebenso sichtlich der Rechtschutz der possessio und quasi-possessio ursprünglich zweifellos auf den Schutz des röm. factum allein basiert, bis das Formularverfahren der Prätoren auch den neugeschaffenen Verträgen des jus gentium Schutz verlieh. — Vor allem dienen die ursprünglichen Rechtsmittel des jus gentium an res corporales dem Schutze des factum oder der vollendeten Thatsache des Eigentumsüberganges, niemals dem Schutze des abstrakten Rechts des Eigentumes der possessio nach jus gentium. Diese vollendete Thatsache konnte nämlich verletzt werden: wenn das Eigentum wider Willen des Eigentümers entzogen ward: vi aut clam, d. i. offen oder heimlich; oder auch wenn dasselbe mit Willen entzogen wurde, d. i. precario, indem der widerrufliche possessor dem Widerruf des früheren possessor oder Eigentümers nicht Folge leistete. In diesen Fällen sind aber alle denkbaren Arten von Verletzungen des factum und des Eigentumes inbegriffen, und dem entsprechend erscheinen auch die ältesten interdicta des Eigentumes der possessio des jus gentium an res corp. als interdicta de vi, de clandestina possessione und de precario. — Die interessantesten Beispiele aber eines

quasi-dominium (§. 3, Z. 6) entspricht hier das quasi-factum); l. 2 §. 3 D. 8, 5. Pomponius dicit, fructuarium interdicto de itinere uti posse, si hoc anno usus est, alibi enim de jure (sc. civili), id est in confessoria actione, alibi de facto, ut in hoc interdicto, quaeritur; auch eine causa facti wird erwähnt in l. 19 D. 4, 6, oben N. 12. — l. 20 D. 8, 1 usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum; — l. 6 pr. und §. 1 D. eod. 8, 5. Sciendum tamen, in his servitutibus possessorem esse eum juris et petitorem (sc. qui „habet“), et si forte non „habeam“ aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est; nam cum nihil sit innovatum, ille possidet, (Savignys Erklärung Bes. 6. Aufl. §. 46 S. 603 Note 1) vgl. Note 26; l. 8 §. 3 eod.; l. 6 D. S. P. U. 8, 2: haec jura certo tempore non utendo pereunt - si nihil novi feceris, integrum jus suum remanet. l. 18 §. 2 D. quem. serv. 8, 6. — Das factum begründete hier eben ein, auf dem Titel des factum (causa possessionis) beruhendes jus der quasi-possessio, welchem wieder ein besseres Recht entgegentreten konnte; ganz, wie bei der possessio corporalis vgl. l. 10 pr. D. 8. 5; l. 32 §. 1 D. 8, 2; l. 10 §. 1 D. 41, 3; oben §. 11 Note 16.

blossen Schutzes des röm. factum sind wohl zweifellos diejenigen Rechtsmittel, welche unzweifelhaft und so ganz zum Schutze der ältesten „quasi-possessio“ des jus gentium an res mancipi (neben dem Schutze der possessio publica und privata §. 9) bestimmt waren, aus der Zeit etwa, wo den Peregrinen, wie der privata plebs, an dem territorium, den Grundstücken des Stadtgebietes, nur Servituten des usus, ususfructus etc. möglich waren, wo u. a. der plebs nach dem Berichte des Dionys auf dem Aventinus Wohnsitze nur als superficies etc. zugestanden wurden (§. 15 Note 10). Es sind dies die „operis novi nuntiatio“ und das „interdictum quod vi aut clam“. Schon ihrem ganzen Baue nach zählen diese Rechtsmittel zu den ältesten profanen Rechtsmitteln Roms; dies beweisen schon ihre Anklänge an die Rechtspflege und nuntiatio der Priester, welche vermittels des jus divinum die Fremden schützten; ihr Hinaufragen in das jus publicum und privatum, das gesonderte Stammrecht der Patricier und Plebejer vor den XII Tafeln; die zugleich durch sie gestattete profane „Selbsthilfe“, welche zu der Vermutung führt, dass sie bereits einen profanen Rechtsschutz geboten haben werden, bevor die Prätur in Rom geschaffen war; endlich deren Beziehung zu dem ältesten Delikte des jus gentium, dem crimen vis [25]). — Auch in ihnen ist ausschliesslich das röm. factum, die vollendete Thatsache geschützt, nicht das abstrakte Recht. – Der Gedanke ihres Schutzes ist etwa folgender. Gestattete sich ein Dritter offenkundig eine Vorrichtung an Grund und Boden des territorium zum Nachteile der Fremden oder eines der privata plebs Angehörigen: ein opus in solo factum, so wurde deren, auf dem Titel des factum oder der vollendeten Thatsache allein beruhendes Recht der quasi-possessio servitutis durch eine Veränderung dieses factum alteriert. Der bisherige quasi-Eigentümer der servitus musste daher jetzt sofort diesen veränderten faktischen Zustand des opus novum in solo factum, u. zw. noch vor dessen Vollendung, durch operis novi nuntiatio zu beseitigen und so sein auf dem früheren „Faktum“ sich basierendes Recht überhaupt zu erhalten suchen, sonst war sein Klagerecht verjährt selbst eine blosse patientia seinerseits schon würde pro traditione und als Verlust der quasi-possessio gegolten haben. Diese nuntiatio musste

---

25) Zu den obigen Sätzen oben §. 13 zu Note 11 – 13, §. 9, 10 Z. 4, 5, 7, 2. V. auch Rudorff über d. Nunciationsverf. im Jahrbuche v. Bekker u. Muther Bd. 4 S. 122 ff. bes. 127; l. 1 §. 2 D. op. n. n. 39, 1.

auch, da eine persönliche Verpflichtung und ein Recht überhaupt zwischen den Stämmen des populus und der privati nicht bestand, in rem [26]) geschehen. Hatte nun der quasi-possessor den jactus lapilli zur Abwehr der thatsächlichen Neuerung unterlassen, so war ursprünglich [27]), mit dem röm. factum, wohl sein ganzes Recht verloren, und nur ausnahmsweise dann, wenn das opus novum nicht offenkundig und ungestört, sondern mittels des Deliktes der vis oder heimlich ausgeführt worden war, nur dann war auch noch nach Vollendung des opus novum ein Rechtsschutz in dem wohl gleich alten interdictum quod vi aut clam gegeben.

Damit haben wir den faktischen Charakterzug, das durchgängige Anklammern des ältesten jus gentium an die vollendete Thatsache kennen gelernt. Wir haben gesehen, wie dessen ganzer Verkehr nur im Erwerbe des Eigentums der possessio und quasi-possessio bestand, welches ohne Einfluss eines Vertrages ausschliesslich durch Apprehension des „factum“: entweder durch die originäre occupatio oder die derivative traditio, beide dem jus gentium [28]) angehörig, entstand; wir haben erwähnt, wie die causa, der Titel des Erwerbes nur dies factum war, und wie auch der gesamte Rechtsschutz nur in der Erhaltung dieser vollendeten Thatsache beruhte, um jede persönliche Beziehung der gegenseitig rechtlosen „Personen“ der fremden Stämme entbehrlich zu machen. — Erwägt man, wie beschränkt dieses Verkehrsrecht an sich war, wie auch dies beschränkte Recht noch fortwährender Gefahr und Zufälligkeiten unterlag, wie dessen Interdikte in 1 Jahre, die operis novi nuntiatio noch weit eher, sofort mit Vollendung des opus novum, verjähren konnte, wie so der Fremde

---

26) l. 6 §. 1 D. si serv. v. 8, 5. Sed si p a t i e n t e eo aedificavero, ego possessor effectus (zuvor sciendum possessorem eum esse juris et petitorem); l. 10 D. op. n. n. 39, 1: operis novi nuntiatio in r e m f i t, non in personam.

27) Die actiones (judicia), welche eine melior causa berücksichtigen konnten, werden nur dem jus civile (somit den cives) und dem jus legitimum zugeschrieben § 11 Note 14; sie konnten also erst durch das praetor. Formularverfahren auf Nichtcives übertragen worden sein.

28) Fragm. Vat. §. 47: t r a d i t i o n e, quae j u r i s g e n t i u m est; ebenso §. 40 J. de rer. div. 2, 1; Gajus II §. 65 u. 66; vgl. Modest. l. 53 D. de a dom. 41, 1 mit §. 14 oben. Die gleiche Abstammung der o c c u p a t i o ergibt G a j u s II §. 66 und die Einteilung Just. in §. 6 J. de usu, 2, 5.

in Rom mit seinem gesamten Vermögen gewissermassen stets auf dem qui vive lebte, und auf die Erhaltung des factum, des status quo ante, des nil innovandum, bedacht sein musste, während dem Eigentume des Quiriten allerdings jene aeterna auctoritas zur Seite stand, welche die XII Tafeln nun auch der plebs, den neuen cives, als Erfolg der civilen usucapio gewährten, so zeigt sich in diesem faktischen Charakterzuge die ganze ursprüngliche Misslichkeit des Vermögenserwerbes der Fremden nach jus gentium bis etwa in das 6. Jahrhundert der Stadt und selbst noch bis in die spätere Zeit. Diesen peniblen Grundzug des jus gentium, dieses Haften an dem factum und dieses Bedingtsein durch fortwährende Wachsamkeit hat offenbar Cicero[29]) vor allem im Auge, wenn er in einer Lobrede auf das jus civile insbes. die civile ususcapio als finis sollicitudinis ac periculi litium preist; die „sollicitudo“, welcher der Erwerb nach jus civile ein Ende macht, war offenbar: die wenig sichernde Berechtigung der possessio und quasi-possessio nach jus gentium auf den blossen Titel des factum. —

Das Wort factum selbst aber, welches, wie gezeigt, ursprünglich nur die thatsächliche Verkörperung des einzig möglichen Verkehrsrechtes, des Eigentums und quasi-Eigentums des jus gentium bezeichnete, begann etwa seit dem 6. Jahrhundert allerdings auch eine abusive Bedeutung anzunehmen. Man bezeichnete nun mit dem Worte uneigentlich selbst auch Obligationen und das Vorliegen eines jus gentium überhaupt[30]). Als nämlich durch die Prätoren seit der lex Aebutia auch blosse pacta der Peregrinen mit einer actio (judicium) ausgestattet und so als wirksame Verträge neu in das jus gentium eingeführt wurden, so dass sich also nunmehr das jus gentium nicht mehr auf den Verkehr

---

29) Cicero pro Caecina c. 26, 74.

30) Vgl. meine Abhandl.: Antike u. gegenwärtige Bedeutung der röm. possessio in Grünhuts Zeitschr. VI S. 702—707 mit Note 2. — Gajus IV §. 45—47. Jul. l. 3 D. de praescr. verb. et in factum actionibus 19, 5 — §. 12 J. 4, 6 — l. 4 §. 32 D. 44, 4 — l. 5 §. 1 D. 2, 7 — l. 12 D. 19, 5 — l. 41 D. 15, 1; cf. l. 1 pr. D. 7, 4; l. 9 §. 1 D. 7, 9. — Besonders Ulpian. l. 25 §. 1 D. O. et A. 44, 7 unterscheidet jetzt ausdrücklich zwischen einem nicht technischen Begriffe des factum als Thatsache, aus welcher eine actio entsteht: actio ex facto, und dem technischen Begriffe der actio in factum; für welche er das Beispiel der Klage des patronus gegen den Freigelassenen, somit eine nicht civile actio anführt. Andre Fälle bei Rudorff r. RG. II §. 50.

mittels possessio und res beschränkt sah, nannte man diese actiones, selbst wenn sie Obligationen betrafen, nicht etwa actiones „in ius gentium conceptae,“ sondern noch immer actiones, judicia, formulae, exceptiones etc. „in factum conceptae“. Das Wort factum wurde somit unzweifelhaft jetzt der, von der possessio auf das übrige jus gentium übertragene technische Begriff für das jus gentium überhaupt, zugleich aber auch für das jus praetorium, ja schliesslich für alles Recht, was nicht jure civili proditum war; z. B. selbst für das, durch das jus respondendi [31]) erweiterte jus civile. In dieser abusiven Anwendung konnte selbst possessio facti wie factum überhaupt allerdings auch geradezu ein Recht, nämlich eine possessio nach jus gentium bezeichnen. (§. 3 zu Note 42).

Gleichzeitig erweiterte endlich jetzt auch die interpretatio der röm. Juristen den Begriff der „res“ nochmals, um selbst persönliche Obligationen den Peregrinen zugänglich zu machen, welche offenbar nicht einmal res incorporales sein konnten, und bei welchen von dem früheren geschichtlichen res repetere §. 15 keine Rede sein konnte: man erfand jetzt, namentlich in den, auch für Peregrinen klagbar gewordenen Innominatkontrakten do ut des, selbst das re „obligari“, in welchem (nicht unbedingt zu verwechseln mit der obligatio rei, z. B. der hypotheca) der Prätor Realcontrakte mit einer actio ausgestattet hatte. Sobald nämlich eine Hingabe einer res, nicht eine blosse persönliche Handlung in Frage kam, liess man aus dieser Hingabe selbst eine obligatio [32]) entstehen; man dehnte ferner diese Klagbarkeit auf die Contrakte do ut facies aus, ja man suchte auch diesen Begriff der res wieder zu erweitern; Gajus erzählt z. B., dass die Peregrinen nach einer Anschauung der Sabinianer durch transcriptitia nomina a „re“ in personam auch alsdann obligiert werden sollten, wenn jemand eine — offenbar persönliche — Kaufschillings-, Miet- oder Societätsforderung dem fremden „expensum“ fert [33]). — Interes-

---

31) z. B. l. 1 § 1 u. 2 l. 2 u. 3) D. de praescr. verb. et in fact. a. 19, 5.

32) Gajus III §. 131 u. 132 numeratio pecuniae rei (non litterarum) facit obligationem — arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniae obligantur; quod genus obligationis juris gentium est. Formel z. B. Gajus IV §. 33.

33) Gajus III §. 133 mit § 129.

sant ist, wie auf diese Weise der späteren Jurisprudenz der ursprüngliche geschichtliche Grund, warum dereinst Peregrinen zu Rechtsgeschäften befähigt waren: das res repetere, wie absichtlich in Vergessenheit geriet, wie jetzt, um das Recht fortzubilden und zuvor rechtlosen Peregrinen eine, durch Billigkeit und Bedürfnis gerechtfertigte Rechtshilfe zu gewähren, welche damals nur noch die schwindende Verschiedenheit der Stammesrechte verhinderte, die röm. Jurisprudenz sich an dem „Worte“ res allein festhing, und sobald auch nur der „Klang“ des Wortes zutraf, den Peregrinen jedes Recht gewährte, welches den cives zustand.

So sehr wir aber auch selbst in diesen späteren Begriffen des Wortes factum in Rom den deutschen Begriff eines faktischen Besitzes, dieses länger andauernden Innehabens der ganzen Sache, suchen würden, so zeigt sich derselbe doch unter der Herrschaft des röm. Reichs niemals. Im Gegenteil ergeben die geschichtlichen Forschungen Brunners [34]) jetzt sogar einen Gegenbeweis gegen die moderne Annahme, als ob die Römer ihre Eigentumsübertragung der possessio als eine „Besitzübertragung“ aufgefasst hätten, bis über die Dauer des röm. Reiches hinaus.

---

34) Brunner zur Rechtsgesch. der röm. u. germ. Urkunde I S. 93ff. (cf. auch Franken in Goldschmidts Zeitschr. f. d. g. Handelsr. Bd. 28, S. 379) weist nach, dass italienische u. bes. römische Urkunden durch 5 Jahrhunderte hindurch die Uebergabe der carta (der Urkunde, welche Trägerin des Geschäftes ist), somit nicht eine „Besitzübergabe“ des Kaufsobjektes selbst, als Moment der Perfektion des Geschäftes ersehen lassen. Auf diese Weise kann zwar die Frage noch zweifelhaft bleiben, ob in dieser Uebergabe der carta eine röm. traditio, ein corpus und eine Willensverkörperung, wie in c. 1 C. de donat. 8, 54 (vgl. oben Note 9), oder vielmehr, wie Brunner selbst S 62 ff. glaubt, ein Stipulationsakt oder Litteralcontrakt zu ersehen sei. Das aber hat Brunner hier unumstösslich bewiesen, dass die röm. Rechtsübung in Italien Jahrhunderte lang das Eigentum noch nicht notwendig durch die deutsche „Besitzübertragung“ übertrug, wie in Folge germanischer Einflüsse die spätere Zeit der Glosse.

3. Negativer Charakterzug. — Das vim fieri veto der ältesten Interdikte der possessio. —

§. 17.

Die ursprüngliche Rechtlosigkeit der Fremden in Rom prägte dem aufkeimenden Fremdenverkehrsrechte des jus gent. ausser dem ebengeschilderten dinglichen und faktischen noch einen 3ten Charakterzug auf: einen negativen. — Das älteste jus gentium bestand nämlich materiell nicht in einem positiven Leisten, nicht in einer obligatio; dazu fehlte es demselben von Anfang an an einer Verpflichtung der — und an einer Vollstreckung in die — Person; sondern dies Recht bestand umgekehrt nur in einem pati des Verpflichteten sowie in einem Rechte des Berechtigten zu einer negativen Abwehr einer Verletzung oder der Veränderung des röm. factum: der vollendeten Thatsache des Eigentumserwerbes. — Daher erklärt sich namentlich der ängstlich festgehaltene Grundzug der Servituten, der anfänglichen einzigen Vermögensrechte der Peregrinen an den vorbehaltenen res mancipi des röm. populus: servitus in faciendo consistere nequit, ohne irgendwelche principielle Ueberschreitung des pati; ferner die principielle Vermeidung des Begriffes der modernen Reallast im röm. Fremdenverkehrsrechte des jus gentium, welche möglicherweise nicht bloss die Sache, sondern die Person des Besitzers verhaften könnte [1]) u. s. w. — Dieselbe Erscheinung zeigt sich prozessual. Vor allem standen noch später den Peregrinen wohl nur interdicta auf Erhaltung des, durch das factum des jus gent. erworbenen Eigentums der possessio: nur die interdicta retinendae und recuperandae zu, während die interdicta adipiscendae ihnen schon deshalb nicht zugestanden haben konnten, weil die hieher bezüglichen Rechte nicht durch ein factum des jus gentium, sondern durch ein jus (civile) erlangt worden sein mussten, dieselben waren nicht auf negative Abwehr, sondern umgekehrt auf Erwirkung des factum mittels eines andern, bereits vorhandenen (civilen) Rechts gerichtet, und ohne factum war ein Erwerb nach jus gentium regelm. nicht möglich; in der That scheinen auch noch die

1) oben §. 15 Note 5.

späteren Beispiele [2]) der interd. adipiscendae possessionis zu zeigen, dass diese letzteren nur der civilis possessio oder den „cives" zustanden, welche allein Erbrechte etc. hatten. — Ueberdies bestand ferner der gesamte Rechtsschutz der interdicta des jus gentium oder der, dasselbe erschöpfenden possessio und quasi-poss. ursprünglich überhaupt nicht in einer Gewährleistung des abstrakten Rechts des Eigentums oder Quasi-Eigentums der possessio, wie in der späteren formula, nicht in einem Ansprechen, einem confiteri oder einer confessoria des Rechtes, sondern ursprünglich nur in dem prohibere eines prohibitorium interdictum, welches sprachlich mit dem negare eines negatorium oder negativum interdictum identisch ist [3]); er bestand in einer negativen Abwehr von Störungen; Gajus u. Just. [4]) nämlich überliefern übereinstimmend, dass die interdicta, diese ältesten Rechtsmittel des j. gent. ursprünglich (proprie) überhaupt nur in einem „prohibere" und denuntiare bestanden, in einer negativen Abwehr somit, welche wir am reinsten und sichtlichsten wohl etwa noch in der uralten operis novi nuntiatio (§. 16) erhalten vorfinden, welche nichts, als das novum opus abzuwehren hatte. — Daher auch der Zusatz des vim fieri veto in vielen Interdikten, abgesehen von den restitutoria und exhibitoria [5]). Aus diesem Zusatze ergibt sich zugleich die Möglichkeit, dass der ursprüngliche Schutz der uralten interdicta auf dem Gebiete des, den privati gegenüber (dazumal wohl nur durch die Priester — §. 13 — geübten) Strafrechts lag. Denn die mit den Worten vim fieri veto untersagte vis war nichts anderes, als dasselbe delictum „privatum" der vis, welches als solches [6]) bereits dem Stammrechte der privati, d. i. der vor

2) z. B. §. 3 J. de interd. 4, 15; Gajus IV §. 144 ff. §. 147 (interdicto Salviano) utitur „dominus" fundi. d. i. der civis.

3) Seitz, Zur Kritik der heut. Negatorien- u. Con.-Klage 1873. S. 1 Note 1.

4) Gajus IV §. 140; interdicta vero, cum prohibet fieri; §. 1 J. de interd. 4, 15: sunt tamen, qui putant, proprie interdicta ea vocari, quae prohibitoria sunt, quia interdicere est denunciare et prohibere.

5) Vgl. Interdiktsformeln bei Gajus IV §. 160; l. 1 pr. l. 3 §. 11 D. 43, 19; l. 1 pr. D. 43, 17; l. 1 pr. D. 43, 27; l. 1 pr. D. 43, 28; (die Bestimmungen des Edikts, dass ein agere, ein judicium gewährt werde, sind selbstverständlich spätere Zuthat §. 18 u. 19).

6) oben §. 9 und 10 Ziff. 7; vgl. Bruns Besitzklagen 1874 S. 29.

die XII Tafeln zurückreichenden Periode angehört, in welcher jus publicum und privatum die gesonderten Stammrechte der Patricier u. Plebejer oder Fremden bezeichnete. — Dieser äussere Zusatz des vim fieri veto bei dem Schutze des Eigentums des jus gentium ist hier auch deshalb erwähnenswert, weil er irreführend selbst Savigny [7]) zu der unglaublichen Schlussfolgerung veranlasste: weil der Schutz der possessio nur auf einem Verbote der Gewalt beruhe, sei die possessio, das von ihm anerkannte bonitarische Eigentum, selbst gar kein Rechtsverhältnis, sondern ihre Störung begründe nur eine obligatio ex maleficio; die possessio gehöre daher in das Obligationenrecht! Offenbar aber hört der Begriff des Eigentums eines rechtlosen Fremden deshalb, weil es in dem ihm fremden Lande überhaupt keinen Privatrechtsschutz genoss, wenigstens „begrifflich" nicht auf, ein Eigentum zu sein, wenn es auch in Rom nicht sofort als positives Eigentum geachtet worden sein sollte; umsoweniger, wenn von ihm ursprünglich schon wenigstens das delictum der vis abgewehrt werden konnte, wenn demselben überdies später durch die actio Publiciana wie die interdicti actio ein voller Privatrechsschutz gewährt, und dasselbe schliesslich als sogen. in bonis mit dem dominium ex j. Qu. vereinigt wurde. Es liegt somit jedenfalls z. Z. Justinian's keinerlei Grund vor, diese mit dem dominium vereinigte possessio nicht als Eigentum und Recht zu erachten. — Dieselbe Erscheinung, dass, eine Zeit lang von Privatrecht nicht anerkannte, Privatrechte nicht aus sich privatrechtlich, sondern nur ausserhalb des Civilrechts, insbes. durch das Strafrecht Schutz finden, wiederholt sich ja mehrfach; z. B. etwa auch in dem „heutigen Besitzrechte" des Realgemeindeangehörigen, dem Besitze des Mieters, Pächters, Retentionsberechtigten etc. Diesen steht z. T. wohl particularrechtlich in dem vielleicht grössten Teile Deutschlands eine Civil-Besitzklage zu: im Gebiete des preuss., bayr., sächsichen Landrechts etc., seit Savigny aber nicht mehr im gem. Rechte, wo einzig noch dem ganz gleich gearteten Besitz- oder Detentionsrechte des Pfandgläubigers, Sequesters, Precaristen eine Besitzklage zugestanden wird. Alles übrige gleich gelagerte Besitzrecht wurde somit seit Savigny gemeinrechtlich nur im Strafrechte gegen Gewalt, Hausfriedensbruch, Unterschlagung,

7) Savigny R. d. Bes. §. 5 u. 6. — Gegen diesen Deliktsstandpunkt s. schon Ihering Beitr. z. L. von Bes. S. 6 ff. und Bruns Besitzklagen, bes. S. 69, 78 Ziff. 3.

Diebstahl etc. geschützt [8]). Offenbar hört auch dieses Privatrecht dadurch begrifflich, wenn wir dasselbe in sein System einreihen wollen, nicht auf, ein Privatrecht zu sein; ebensowenig aber das antike Eigentum des jus gentium!

III. Rechtsmittel des jus gent. und der possessio.

Aelteste Rechtsmittel: die interdicta als: Verfahren in jure. Späterer Uebergang zur petitio (actio oder judicium) der possessio; Publiciana actio; interdicti actio. Doppelter Eigentumsprozess. Unrömischer Gegensatz eines possessorium und petitorium. Manus conserere. Vindiciae.

§. 18.

Das römische interdicere enthält vor allem ein „dicere“; dessen technische Bedeutung ist ein „jus dicere“ [1]) oder ein Rechtsprechen vor dem magistratus „in jure“, im Gegensatze zum judicium. Zugleich verleiht aber dem Worte die vorgesetzte Partikel „inter“ zweifellos eine ähnliche Bedeutung, wie etwa dem modernen Worte „international“, obgleich diese geschichtliche Bedeutung der Interdikte in der Erinnerung oder wenigstens der direkten Ueberlieferung der Compilatoren fast [2]) vollständig verblasst erscheint. Die röm. interdicta waren damit: das Rechtsprechen „inter gentes“ oder die Rechtsmittel des jus gentium; dieselben waren so ein Rechtsprechen sowohl zwischen der Person der verschiedenen antiken gentes, als für den Erwerb der cives wie Fremden nach jus gentium. — Dass dies der Fall, dass die interdicta, welche wir schon in §. 9 u. 10 als Bestandteile der getrennten Stammrechte des populus und der privati kennen gelernt

---

8) Seitz das heutige Besitzrecht 1880 S. 117 f.

1) l. 2 §. 23, 28 D. 1, 2; l. 1, 10, 14, 18, 20 D. 2, 1; l. 1 §. 2 D. 2, 2 tit. D. 2, 3. Anwendungen: sententiam dicere l. 1 §. 1 D. 2, 12, vindiciam dicere Gajus IV §. 16. Vgl. Plaut. Menaechm. 4, 2 v. 18 f.: aut ad populum, aut in jure, aut ad judicem res est.

2) §. 1 J. de interd 4, 15 nur enthält etwa noch die schwache, wohl Veränderungen unterlegene Reminiscenz: omnia interdicta appellari, quia „inter duos“ dicuntur. Cf. Theophilus mit l. 1 §. 14 D. de aqua quot. 43, 20 und Schmidt das Interdiktenverfahren der Römer 1853 S. 5.

haben, jedenfalls als jus „commune“ zugleich auch die Rechtsmittel des jus gentium waren, ist wenigstens bezüglich eines einzelnen solchen Interdiktes, des interd. de precario, sogar ausdrücklich noch überliefert[3]). Ueberdies ergibt sich dies allgemeiner daraus, dass die Interdikte hauptsächlich[4]) und bis zur lex Aebutia wohl ausschliesslich zum Schutze der possessio corporalis wie der quasipossessio, d. i. derjenigen Rechte dienten, welche früher den Rechtsverkehr des j. gent. ausschliesslich erschöpften (§. 15); dass dieselben ferner für ganz den nämlichen Rechtsfall parallel „neben“ zahlreichen Rechtsmitteln des jus civile, selbst solchen aus den XII Tafeln, gewährt wurden[5]); damit konnten solche Rechtsmittel offenbar nicht für das nämliche jus civile, sondern nur für ein anderes Rechtssystem, u. zw. nur für das parallele jus gentium, gewährt sein; denn solche doppelte Namen und Rechtsmittel für ein und dasselbe Rechtsverhältnis desselben ursprünglichen Rechtssystems hätten offenbar keinen Sinn gehabt. Endlich folgt diese Angehörigkeit an d. jus gent. noch daraus, dass an Stelle der Interdikte später noch, neben den judices, Peregrinenrichter oder recuperatores[6]) gegeben wurden. —

Diese Interdikte waren aber zweifellos zugleich die ältesten[7]) profanen Rechtsmittel des jus gentium und überragen so, (mit dem jus gentium überhaupt §. 12, 11), das jus civile an Alter bei weitem. Dies zeigt der bereits oben erwähnte unmittelbare Zusammenhang des interdicere oder denuntiare mit dem jus divinum

---

3) l. 1 §. 1 D. de prec. 43, 26: quod genus liberalitatis ex jure gentium descendit; vgl. l. 14 eod.

4) Gajus IV §. 138 mit 139: quod tum maxime facit (i. e. interdicit), cum de possessione aut quasi-poss. inter aliquos contenditur.

5) Vgl. die Allegate in Seitz zur Kritik der heut. Negatorien- und Confessorienklage 1873 S. 94, α; z. B. l. 1 §. 8 D. 43, 27; l. 25 §. 5 D. 19,2; l. 13 §. 2 D. 7, 1; l. 13 pr D. 43, 24; l. 6 §. 1 D. 8, 5. Paul. rec. sent. V, 6 §. 2 u 14. Schmidt, Interdiktenverfahren S. 299, 300, 306; vergl. oben §. 1 N. 28.

6) Gajus IV §. 141.

7) Ueber das Alter der Interdikte oben §. 10 Ziff. 5; vgl. Huschke Studien S. 3, 5. Keller röm. Civ. Pr. 2. Ausg. §. 22 c, §. 74; Schmidt d. Interdiktenverfahren d. R. S. 302 III f., 313. Seitz zur Kritik der heut. Negatorienklage etc. 1873 S. 97—101. Ihering Beitr. z. L. v. Besitz S. 64 (über das Wort „comparatae“ bei Gajus oben §. 3 Note 7 a). Bruns Besitzklagen 1874 S. 20. Puchta Curs. II. §. 169 a E. I, §. 80.

und der, dem profanen Rechtsschutze des jus gentium vorausgehenden Priesterrechtspflege §. 13; der ebengeschilderte negative Charakterzug der Interdikte, welcher deren Entstehung gleichfalls einer frühen Zeit zuweist, in welcher dem rechtlosen Fremden überhaupt noch kein Recht direkt zugestanden, sondern nur das Privatdelikt der vis etc. von dessen Rechte abgewehrt wurde §. 17; der Umstand, dass eben diese Interdikte auch schon das factum des jus gentium oder die vollendete Thatsache, die ersten Anfänge des profanen Rechtsschutzes des jus gentium, zu schirmen bestimmt waren §. 16; endlich der eben erwähnte Umstand, dass die interdicta als jus commune sich auch schon in den uralten Stammesrechten der Patricier und der privata plebs vor den XII Tafeln, in dem ursprünglichen jus publicum und privatum, vorfinden. §. 9 und 10.

Bezüglich des ursprünglichen Verfahrens der Interdikte habe ich bereits früher in Uebereinstimmung mit Keller [8]) und anderen meine Anschauung auszuführen versucht; dieselben berechtigten vor der lex Aebutia oder etwa dem 6. Jahrh. der Stadt regelmässig — Ausnahmen, wie Völkerbündnisse abgerechnet [9]) — nur zur Verhandlung in jure vor dem magistratus, nicht aber zu einer „actio“ im technischen Sinne [10]), welche

---

8) Keller röm. Civ Pr 2. Aufl. §. 22 S. 84. Seitz zur Kritik d. heut. Negatorien- etc. klage 1873 S. 81 103 bes. 92 ff, dann in Grünhuts Zeitschr. VI S. 574-578; 715-717.

9) U. A. Puchta Curs. I. §. 83 etc.

10) Definitionen l. 51 D. O. et A. 44, 7 u. pr. J. de act. 4, 6: actio nihil aliud est, quam jus persequendi in „judicio“, quod sibi debetur; §. 1 J. eod. actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve quaeritur. — Guido ad Terent. Andr. III, 17: actum — illud dictum a jure civili deductum, in quo cavetur, ne quis rem actam apud judices repetat. etc.; bes. die Anwendungen in den techn. Bezeichnungen: judicium bonae fidei, duplex, in factum, comm. dividundo, de dote, lege Aquilia, Servianum, Publicianum etc. statt actio; s. meine Negatorienklage S. 91. Dass z. B. die Publiciana actio speciell ein judicium der possessio war, ergibt l. 13 §. 1 D. de Public. 6, 2; pr. mit §. 4 J. 4, 6. — Diese technische Bedeutung der actio = judicium vor Nichtbeamten dauerte selbstverständlich nur bis zur Aufhebung dieser judicia; zur Zeit Ulpian's beginnt bereits die Bezeichnung des Beamten selbst, welcher das Interdikt entscheidet, mit judex; z. B. l 35 D. de poss. 41, 2 etc. und auch hier gab es natürlich stets abusive Anwendungen des Wortes agere, weil dies Wort selbst ja von nichtjuristischen Begriffen erst auf einen juristisch-technischen übertragen ist.

ursprünglich gleichbedeutend mit einem „judicium“ vor Bürgern und Geschworenen war. — Den röm. cives zwar war in der legis „actio“ von jeher vor einem judicium [11]) von Mitbürgern, vor decemviri, centumviri etc. Recht zu nehmen gestattet; diesen Bürgern der Republik mag dies Vorrecht neben dem Wahlrechte ihres Richters nach der lex Pinaria und dessen freiem Recusationsrechte nach dem Berichte Cicero's eben von jeher als ein Postulat ihrer Freiheit, wie etwa uns selbst die Gerichte der Geschworenen oder Schöffen, erschienen sein. Auch selbst für eine bestimmte Sorte von „privati“ oder Peregrinen lässt zwar ferner die Sage den Servius Tullius bereits judices privati einführen [12]); es musste dies indessen nur etwa die damalige privata plebs bedeuten, nicht die übrigen Fremden. Für diese übrigen Peregrinen dagegen ergibt sich aus mehrfachen Gründen zweifellos, dass dieselben lange nicht des Vorrechts, zu den judicia mit den cives zugelassen zu werden, teilhaftig geworden sein konnten. — Schon nach dem Principe der persönlichen Rechte musste ihnen die legitima persona standi in „judicio“ vor den Gerichten des verschiedenen Volksstammes des

---

11) Gajus IV §. 95; si aput centumviros agitur, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem mit IV §. 11 actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur, vel ideo, quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur etc. u. IV 31 — Cicero de leg. III, 19, de republ. II, 36. Selbst in der Provinz konnte sich der civis dem Beamten entziehen und ein judicium verlangen, welches dem conventus civium Romanorum entnommen werden konnte. Cic. in Verrem II, 13. Puchta Curs. I §. 56 u. 67. (M. vergl. auch das „civis Romanus sum“ des Apostels Paulus bei dessen Gefangennahme). — Auch schon der blosse civile Erwerb erforderte ein judicium zu seiner Zuerkennung; der praetor konnte mehr nicht, als possessio zuerkennen §. 19 N. 20; z. B. l. 11 D. de poss. 41, 2, er hatte nur eine missio in possessionem, nie: in das civile dominium. Dagegen begründete der Entscheid des judicium selbst bei einer blossen Klageabweisung des Gegners schon ein dominium des Obsiegenden, arg. c. 2 C. de prob. 4, 19. Die in jure cessio ist nur eine scheinbare Ausnahme; auch in ihr übertrug keineswegs die jurisdictio des praetor, sondern gerade umgekehrt die gesetzliche Fiktion eines „judicium“ (confessus in jure pro judicato habetur) das civile dominium §. 22 Note 24 ff.; umgekehrt Note 17 dieses §.

12) Dionys. IV, 25; oben §. 10 Note 24.

populus fehlen; die lex des populus selbst, welche diese judicia begründete, hätte ja für sie keine Wirkung haben können, solange sie nicht etwa, wie dies vor den XII Tafeln für die plebs geschah, eine lex sacrata geworden wäre [13]); überdies aber bestätigt, wie schon erwähnt, Gajus, dass ein legitimum judicium nur Platz griff, si inter „cives“ Romanos accipiatur, und dass auch die, nach der lex Aebutia eingeführten judicia sowohl in Rom — interveniente peregrini persona — wie auch ausserhalb des primum Urbis miliarium, somit auch vor Peregrinen in der Provinz, nicht mehr legitima, sondern bloss imperio continentia judicia waren, bei welchen, um Peregrinen zulassen zu können, erst jedesmal die „Fiktion“ eintreten musste, der Peregrine sei civis [14]). Daraus folgt, dass, bevor der praetor und magistratus solche judicia und Fiktionen gewähren konnte, vor etwa dem 6. Jahrhunderte der Stadt, die Rechtsverfolgung der Peregrinen mittels Interdikten notwendig eines judicium entbehrt haben und auf das jus dicere in „jure“ des Interdiktes des praetor allein angewiesen gewesen sein musste, wie denn in der That auch zur Zeit Ulpian's noch immer wenigstens einzelne interdicta dem magistratus zugewiesen waren [15]). Ueberdies bestätigen endlich die röm. Geschichtsquellen direkt, dass ursprünglich nur der praetor in jure, nicht aber ein judicium, den Interdiktenprozess definitiv entschied [16]), und folgt dieselbe

---

13) oben §. 8, 13; vgl. l. 7 §. 3 D. de capite minutis 4, 5. — Sogar Vergehen der Peregrinen (delicta privata) werden nur von den praefecti u. praesides provinciae extra ordinem abgewandelt. l. 1 §. 3 D. de poenis 48, 19. Anders Rudorff zu Puchta Curs. II § 158, Text zu Note u und v.

14) Gajus IV §. 104, 105, 109, 37. — Keller röm. Civ. Pr. §. 31. Vgl. oben §. 8 N. 5 u. 6.

15) l. 1 §. 1 D. de off. praef. urb. 1, 12; l. 1 §. 2 D. 6, 1.

16) Gajus IV § 138 u. 139 sagt von den Interdikten: certis ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam „finiendis“ controversiis interponit, quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi-poss. etc. — §. 8 J. de interd. 4, 15: de ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere; nam quotiens extra ordinem „jus dicitur“ (qualia sunt hodie omnia judicia), non est necesse, reddi interdictum. — Bezeichnend für die erst später folgende Einführung eines judicium anstatt der Interdikte in der interdicti actio ist das pr. J. h. l.: sequitur, ut dispiciamus de interdictis seu actionibus, quae pro his competunt, und die Notiz in c. 2 C. de prob. 4, 19 dass die possessio nur „more judiciorum“ verfolgt werde. — §. 4 u. pr. J. 4, 6 bestätigt überdies

Thatsache weiter daraus, dass aller nicht civiler Erwerb, damit auch der Erwerb der possessio, welcher die Interdikte speciell dienen, ursprünglich nicht mit einer civilen actio (legitimum judicium) verfolgt werden konnte [17]).

Nachdem aber in Rom materiell nicht bloss ein einziges Eigentum, sondern (seit den XII Tafeln §. 11) ein „Doppelrecht" des röm. duplex dominium: das civile dominium ex j. Qu. neben der possessio als Eigentum bestand, nachdem diesem Doppelrechte ferner verschiedene Rechtssysteme der, nach persönlichen Rechten geschiedenen Volksabstammungen Roms entsprachen, so folgt von selbst, dass ebenda diesen verschiedenen materiellen Rechten und Systemen entsprechend, seitdem auch nicht blos ein, sondern gleichfalls mindestens ein **doppelter Eigentumsprozess** bestanden haben musste. Als solcher doppelter Eigentumsprozess bestand in Rom in der That ein civiles judicium der legis actio für das dominium ex j. Quirit. und ein interdictum des jus gent. in jure für die possessio. — Das, für uns vor allem Ungewohnte und Erwähnenswerte insbes. an diesem civilen Eigentumsprozesse des dominus gegen den dominus ist, dass hier beide Teile sich selbst als domini bezeichnen mussten: der Kläger, weil er sonst nicht vor dem civilen judicium hätte klagen können; der Beklagte, [18]) weil er sonst geständigen würde, dass er möglicherweise blosser (bonitarischer) Eigentümer nach jus gentium oder blosser possessor sei, nicht aber civilis dominus, und alsdann das civile dominium sofort an den Kläger verlieren musste. Auch der Kläger endlich

---

direkt, dass für die possessio speciell früher eine actio überhaupt nicht bestand. Auch zeigt wohl die Schilderung des Prozesses der Virginia bei Livius III 44—47 den praktischen Fall eines Interdiktenprozesses über die possessio eines Peregrinen (Clienten) an einem Sklaven, in welchem noch der magistratus definitiv entschied: vocat quellam in „jus". Appius interfatur (i. e. interdicit); vgl. meine Negatorienklage S. 92—103. Weiterer Beweis Note 25.

17) Bezüglich der possessio an körperl. Gegenständen speciell bestätigt dies §. 4 mit pr. u. §. 2 J. de act 4, 6; im übrigen arg. l. 1 §. 2 D. de rei vind. 6, 1; vgl. Note 21 u. 18.

18) Das besagt uns noch §. 1 J. de art 4, 6: proditae (sc. civiles §. 3 h. l.) actiones in rem sunt – si — possessor „dominum" se esse dicat; d. h. der possessor oder derjenige, welcher das Eigentum an der Sache thatsächlich ausübt und deshalb der Beklagte sein muss, muss sich auf das civile dominium berufen.

musste den Beklagten speziell als dominus, wenn auch nicht als dominus justus anerkennen, sonst wäre er gar nicht legitimiert gewesen, von ihm das civile „dominium“ vor einem civilen judicium zurückzuerstreiten. So wurden hier notwendig beide Parteien domini genannt, von denen der eine allerdings nur injustus dominus sein musste, und es ist wohl irrtümlich, wenn die Neueren deshalb angenommen, dass darin eine contravindicatio im modernen Sinne einer Widerklage und mehr, als eine blosse Prozessformel des beiderseitigen Beanspruchens des quirit. Eigentums, welche Gajus [18a] beschreibt, und welche eine blosse Duplicität dieses Prozesses bekundet, (entsprechend der Duplicität des ihn einleitenden interdictum uti possidetis, welches ja gleichfalls ein „duplex“ interdictum für das Eigentum des jus gentium oder die possessio ist), liege. — Für res mancipi, welche vor der actio Publiciana nur jure civili erworben werden konnten, war zwar insolange nur dieser eine civile Eigentumsprozess denkbar. Dagegen war bei res nec mancipi — wie nach der Publiciana actio auch bei res mancipi — allerdings ein doppelter Prozess über das civile dominium und die possessio des jus gentium an derselben Sache denkbar. In dem einem dieser Prozesse wurde das civile dominium ex j. Quir., in dem anderen das sog. bonitarische Eigentum der possessio, und zwar vor Entstehung der actio Publiciana zweifellos definitive [18b]) ausgestritten, soweit nicht das interdictum die blosse Vorbereitung der civilen legis actio war; davon unten.

Neben diesem doppelten Eigentumsprozesse des dominium und der possessio in der legis actio und dem interdictum wurde indessen nach der lex Aebutia auch der, bisher dem Interdikte allein unterstehende Eigentums-Prozess der possessio selbst wieder geteilt und verdoppelt. Die lex Aebutia brachte nämlich be-

---

18a) Gajus IV §. 16, II §. 24, IV §. 148: cum ab „utraque parte“ de proprietate-controversia. Neuere Litteratur bei E. Roth. Beitr. z. L. v. d. leg act. sacr. in rem, Zeitschr. der Sav. Stift. f. Rechtsgesch. Roman. Abt. III, 1, 1882, S. 126 ff. Dernberg jurist. Bes. 1883 S. 35 ff.

18b) V. Note 16. — Ein Beispiel. Durch vis wurde sowohl das Eigentum nach jus gent. als nach jus civile, d. i sowohl die possessio, als das dominium verloren § 3 Note 2. Der Vergewaltigte konnte also nach einander beliebig: mit dem interdictum das Eigentum der possessio nach jus gent., vor dem civilen judicium das civile dominium ex j. Quir definitiv vindicieren oder umgekehrt.

kanntermassen seit beiläufig dem 6. Jahrhunderte der Stadt[19]) die prozessuale Reform, dass der praetor nunmehr ex sua jurisdictione mittels formulae gleichfalls actiones oder judicia (nach dem Vorbilde der judicia der bisherigen legis actiones) verleihen konnte. Dadurch trat auch für die, mit den Interdikten verfolgte possessio die Folge ein, dass ihr neben den interdicta solche prätorische judicia in 2 nachweisbaren Abstufungen für 2 verschiedene Arten[20]) der possessio gewährt wurden.

I. Zuerst wurde gewährt — für die, ex justa (oder sog. putativa) causa erworbene possessio: — die actio Publiciana[20a]). Dieses judicium für das Eigentum der possessio entstand nicht aus einem besonderen Gesetze, sondern sie wurde auf Grund der lex Aebutia von dem praetor Publicius in dem Edikte proponiert; sie war die erste[21]) actio, d. i. das erste judicium, der possessio oder des Eigentums nach jus gentium.

---

19) Gellius XVI, 10, Gajus IV, 30. Ueber dies Alter der lex Aeb. schwanken die Vermutungen zwischen den Jahren d. Stadt 520, 550, 606. Rudorff r. RG. I §. 44. Nach den Digestenstellen aber, welche den ältesten j. c. Qu. Muc. Scaevola (nach Rudorff um 563) citieren, behandelte dieser bereits klagbare contractus juris gentium, welche erst nach der lex Aebutia klagbar geworden sein konnten §. 19; so z. B. l. 59, 66 §. 2 D. de contr. empt 18, 1; l. 48 pr. D. mandat. 17, 1; l. 11 D. pro socio 17, 2 etc. Daraus dürfte folgen, dass die lex schon dem 6. Jahrh. angehört haben musste.

20) Darüber, dass die sog. absolute possessio ex justa causa und die p. ad interdicta nur Arten desselben Eigentums der possessio sind, vgl. l. 3 §. 21 D. de poss. 41, 2 und oben § 16 zu N. 12—14.

20a) Ueber deren Alter wieder Voigt jus nat. IV S. 505 Bechmann, Kauf I S. 390 Note 1.

21) Der über sie ausführlicher berichtende tit. J. de act. 4, 6 bestätigt dies in §. 4 „primum" a Publicio praetore in edicto proposita est; ferner in §. 2: actoris partes „obtinet" (qui possidet), und in §. 2—3, dass vor Einführung der Publiciana actio zwar civile actiones für die quasipossessio sowie in controversiis rerum corporalium für den, qui non possidet [wahrscheinlich interpoliert für dominus ex j. Quir.] vorhanden (proditum) waren (§. 2), dass aber diese actiones für denjenigen, qui possidet (§. 2) und dem die Sache ex justa causa tradiert worden sei, der aber noch nicht ejus rei dominus effectus est, si ejus rei possessionem casu amiserit (§. 4), nicht (ipso jure civili) proditae gewesen seien; eo casu deficere actionem §. 4; endlich §. 2: dass damals nur uno casu d. i. bei einer Art der possessio die actio übertragen und dazu vom praetor die Fiktion der eingetretenen Usucapion zu Hilfe genommen worden sei: inventa est a Prae-

II. Sodann wurde selbst auch für die blosse possessio ad interdicta eine actio gewährt: die interdicti actio. Auch deren Einführungszeit wissen wir nicht genau; nur, dass sie schon zur Zeit eines Cicero und Gajus bestand, und dass sie so gleichfalls zwischen dem 6.—7. Jahrhunderte der Stadt: nach der lex Aebutia und actio Publiciana und vor Cicero, entstanden sein musste[22]). Ebensowenig haben wir darüber eine direkte Überlieferung, ob die Römer dieselbe gleichfalls, wie die Publiciana, als eine actio des „possessor" bezeichneten. Es wäre möglich, dass die Römer dieselbe, solange sie noch zu einem judicium führte, wegen ihrer Einleitung mittels einer sponsio[22a]) als eine „actio ex sponsione" bezeichnet hätten, von welcher ja Gajus IV §. 1 berichtet, dass diese actiones ex sponsionum generibus von einzelnen Juristen sogar als besondere genera actionum neben den actiones in rem und in personam betrachtet wurden; denn daraus, dass hier Gajus nur der Streitfrage gedenkt, ob diese actiones solche besondere genera oder nur species actionis seien, ergibt sich zugleich, dass dieselben unbeanstandet mindestens als selbständige species actionum erachtet wurden.

Diese judicia der possessio beseitigten nun nichtsdestoweniger den bisherigen Interdiktenprozess in jure, welcher zuvor über die possessio allein und definitive entschied, keineswegs. Interdikt

---

tore actio etc. §. 4. — Es ist dies der berüchtigte, lange gesuchte sogen. unus casus, in welchem man die, in der Stelle §. 4 selbst genannte Publiciana wohl hauptsächlich deshalb nicht wieder erkannte, weil sie, seit dem Mittelalter erst, durch §§. und Interpunktionen zerrissen wurde. Vgl. meine Abh. in Grünhuts Zeitschr. Bd. VI S. 572 ff., oben §. 3 N. 49, §. 4 N. 14—16. Über die Identität von actio und judicium Publicianum speciell oben N. 10; über die neuere Controverse, ob die Publiciana eine actio des possessor ist, §. 19.

22) Dass z. B. das interdictum unde vi zur Zeit Cicero's schon ein judicium (actio) gewährte, ergibt Cic. pro Caecina 8, 23 u. s. w. Erst von da an konnte der Satz entstehen: interdicta quoque actionis verbo continentur, l. 37 pr. D. O. A. 44, 7 (Ulp.); vgl. tit. D de interdictis sive extraord. actionibus, quae pro his competunt 43, 1. Der Name interdicti actio findet sich u. a bei Paul. rec. sent. V, 6 §. 10 etc. Vgl. meine Negatorienklage 1873 S. 92. Jhering, Beitr zur Lehre v. Besitz S. 87 N. 107.

22a) Gajus IV §. 141, 165, 1; Quintilian J. O. VII, 5 unten Note 29; vgl. unten Note 38 sowie §. 24 N. 12.

und actio oder petitio (judicium) standen vielmehr jetzt nur in elektiver Concurrenz, so zwar, dass man jetzt bald nur den einen, bald nur den anderen Prozess, bald aber auch beide nach einander erheben konnte, und so, dass überdies wieder der eine gegenüber dem anderen ein bloss interimistischer Eigentumsprozess sein konnte. — Vor allem konnte man nämlich das interdictum zuerst und allein erheben; alsdann wurde mittels desselben untersucht, wer eo, quod possidet, somit auf den blossen Titel des röm. factum allein (la possession vaut titre §. 16) als Eigentümer zu betrachten sei. War dies durch den Interdiktenprozess ermittelt, so war der Interdiktenstreit zu Ende; denn die weitere Untersuchung, ob eine sonstige justa causa vorliege, war nicht mehr Aufgabe des interdictum, sondern die justa causa competierte (nicht mehr zum praetor oder magistratus „in jure", sondern) zur actio oder zum Publicianum „judicium". Diese Entscheidung des Interdiktes bot nun auf diese Weise bald jenen von Jhering[23]) betonten bloss interimistischen oder provisorischen Eigentumsentscheid[24]); bald aber auch entschied es, wie uns Ulpian ausdrücklich bestätigt[25]), den Eigentumsstreit definitive. Sind dies Widersprüche?

---

23) Jhering l. c. S. 61 ff.

24) Vgl. meine Abhandl. in Grünhuts Zeitschr. VI S. 576 f. — Gajus IV §. 141: Nec tamen (sc. interdicto praetoris) — statim peractum est negotium, sed ad judicem recuperatoresve itur; — IV §. 148: Retinendae poss. — interdictum, — cum ab „utraque parte" de proprietate alic. rei controversia sit, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat: i. e. wer das Eigentum einstweilen (interim) faktisch ausüben und wer das (bessere) Eigentum klagsweise verfolgen soll; — §. 4 J. 4, 15 erläutert, dass eine petitoria actio nicht erhoben werden könne, bevor nicht untersucht sei, wem die possessio (Eigentum auf den Titel der Ausübung oder fakt. Apprehension) zustehe; dass es auch bequemer sei, auf diese Weise (Eigentum der) possessio zu haben, und dass fast immer zuvor über diese possessio gestritten werde, weil der Vorteil dieser possessio der sei, dass bei einem Nichtbeweisen des petitor der possessor im Eigentumsstreite definitiv obsiege. Ähnlich l. 24 D. R. V. 6, 1; Gajus IV §. 16 cum uterque vindicasset — — „interim" aliquem possessorem constituebat. Aggenus Urbicus l. II. Über diese Stellen vgl. Jhering, Beitr. z. L. v. Besitz S. 64 ff. und Besitzesschutz S. 78. — Unten §. 24 zu N. 10.

25) Ulp.: l 1 §. 6 D. uti poss. 43, 17: actio enim nunquam ultro possessori datur, quippe sufficit ei, quod possideat, mit l. 1 §. 4 eod: retinendae itaque possessionis duplex via, aut exceptio aut interdictum;

In keiner Weise. Es handelt sich dabei vielmehr darum, zu unterscheiden: in welchen Fällen entschied das interdictum nach Ulpian interimistisch und in welchen definitive? Die Fälle eines „definitiven“ Erfolges des Interdiktes mussten eintreten, wenn dem Kläger wie dem Beklagten kein besseres Eigentum überhaupt zu Gebote stand, als eben das relative Eigentum der possessio des interdictum uti possidetis. Hier allein konnten die Parteien weder ein Recht noch ein Interesse haben, dieses nämliche relative Eigentum, welches man bereits faktisch corpore oder animo domini ausübt und jetzt überdies auf diesen Titel der possessio vom Prätor zuerkannt erhalten hatte, nochmals durch ein judicium zuerkannt zu erhalten; dem Unterliegenden fehlte in diesem Falle der Titel, eine, nur ex justa causa begründete Publiciana nachträglich zu erheben; vielmehr konnte umgekehrt nun dem Obsiegenden, und zwar möglicherweise erst jetzt neuerdings, ein Titel zur Publiciana gegen ihn zustehen [25a]). Dass dieser definitive Erfolg des Interdiktes hier eintrat, bestätigt Ulpian, und von diesem Falle einer blossen possessio ad interdicta allein konnte hier Ulpian sprechen, wenn er die definitive Wirkung des Interdictum betont, trotz seines scheinbar apodiktischen Satzes: actio „nunquam“ ultro possessori datur; denn Ulpian spricht diesen Satz nur unter dem tit. D. uti possidetis aus, er konnte also auch nur sagen wollen, dieser blosse „possessor ad interdicta“ (nicht ein anderer, nicht etwa auch: der possessor mit justa causa und Publiciana etc.) habe niemals neben dem Interdikte überdies eine actio; dass er mehr nicht sagen wollte, klärt derselbe Ulpian überdies in dem weiteren Inhalte desselben Fragmentes selbst auf (vgl. Note 25). — Anders aber, wenn es sich nicht um eine blosse possessio ad interdicta des uti possidetis handelte; hier entschied alsdann das interdictum keinesfalls notwendig definitiv. Der obige Ausspruch Ulpians nämlich schloss wohl vor allem nicht aus, dass man, solange man noch kein interdictum „in jure“ gestellt hatte, gleich anfäng-

---

vgl. oben Note 16. Dass Ulp. damit aber nicht etwa eine actio des possessor überhaupt ausschliessen wollte, klärt dieser selbst auf: l. 1 §. 4 eod: Restitutae (nach dem vorausgehenden Satze gleich: restituendae) possessionis ordo aut interdicto expeditur aut per actionem. Dasselbe beweist das Bestehen der interdicti actio wie der Publiciana, welch' letztere gleichfalls als actio recuperandae wie adipiscendae possessionis wirkt; vgl. §. 19 Note 17.

25a) l. 3 pr. u. §. 1 a. E. mit l. 6 D. de Public. 6, 2.

lich die interdicti actio, d. i. das „judicium“ beschritt; ferner aber auch, dass man bei dem Vorliegen einer justa causa nach dem Interdikte in jure oder vielleicht auch nach dem judicium der blossen interdicti actio das Publicianum judicium oder nach einem oder mehreren dieser Prozesse noch mittels legis actio speciell vor dem civilen judicium sich entweder das civile plenum oder doch das civile nudum dominium ex jure Quiritium zuerkennen liess, welch' letzteres zufolge der aeterna auctoritas des jus civile für den Fall des Verlustes der possessio (des in bonis) des jus gentium vor Justinian noch immer praktischen Wert haben konnte[25b]).

Nur somit in dem Falle, dass noch eine justa causa oder doch eine bessere causa vorlag, war die Entscheidung über das Eigentum der possessio des jus gentium speciell in dem Interdikte eine blosse vorläufige (interimistische oder provisorische), welche noch eine definitive Entscheidung vor einem judicium gestattete, während die, mit der Publiciana zuerkannte possessio des jus gentium stets, die mit dem interdictum oder der interdicti actio aber zuerkannte possessio nur dann eine definitive Zuerkennung des Eigentumes der possessio war, soferne kein besserer possessor eine neue Klage erhob. —

Ebenso konnte man aber auch in Rom umgekehrt — im Gegensatze zu den modernen Prozessgesetzgebungen [26]) mit vollem Grunde — zuerst die petitio des besseren Eigentumes des dominium oder der possessio justa causa mittels eines judicium (actio) erheben, um da zuerst den Nachweis zu versuchen, ob man entweder das, in der civilen legis actio verfolgbare civile dominium ex jure Quiritium, oder die mit der Publiciana actio verfolgbare possessio justa causa erworben habe. Gelang dieser Beweis nicht, so konnte man immer noch [27]), wie die modernen Gesetzgebungen

---

25b) Vgl. § 16 N. 29; §. 5 Note 20 (Gajus II §. 92 u 91).

26) Art. 26 code de procedure c.: Le demandeur au petitoire ne sera plus recevable a agire au possessoire; leider sind diesem unverdauten franz. Satze seit 1879 wieder mehrfache deutsche Particularprozessgesetzgebungen gefolgt.

27) l. 12 §. 1 D. de poss. 41, 2: Non denegatur ei interdict. uti possidetis, qui coepit rem vindicare, non enim videtur possessioni renunciasse, qui rem vindicavit, d. i. wer das Eigentum aus einer besseren causa vindiciert, verzichtet deshalb nicht auf das Eigentum aus dem relativen Titel des factum, dem possession vaut titre. Petron c. 13.

eben völlig grundlos versagen [28]), zum interdictum zurückkehren und da beweisen, dass, wenn man für ein, möglicherweise lange geübtes Eigentum auch die justa causa des Kaufes, Erbganges etc. jetzt nicht mehr nachzuweisen im stande war, doch deshalb Eigentum gegenüber den vielleicht völlig unberechtigen Eigentumsprätendenten und besseres Eigentum (plus juris) habe, weil man auf den Titel des factum oder der causa possessionis allein schon an dem (etwa verlorenen oder entzogenen etc) Gegenstande zuvor bereits das Eigentum ausgeübt und dadurch eben relatives Eigentum der possessio vor dem Gegner bereits erworben gehabt habe. —

In all' diesen Fällen endlich müssen wir uns vor dem Irrtume bewahren, als ob in Rom bis auf Justinian mit dieser provisorischen oder definitiven Entscheidung des Interdiktes über röm. possessio je über etwas anderes, als über absolutes und relatives „Eigentum" [29]), nämlich über einen faktischen „Besitz" oder eine Detention im heutigen und germanischen Sinne habe entschieden werden wollen! — Die Unterscheidung zwischen einem petitorium und possessorium als einem „Eigentums- und Besitzprozesse im heutigen Sinne, so dass in ersterem über das röm. dominium, in dem letzteren nur über die blosse sogen. Detention entschieden werden sollte, ist deshalb dem römischen Rechte durch und durch fremd und eine Erfindung erst des Mittelalters seit der Glosse. — Diese Gegensätze sind vor allem

---

28) Seitz, heut. p. u. n. Besitzrecht 1880 S. 50 ff, 66—67 Z. 2.

29) Quinctilian J. O VII, 5: In sponsionibus, quae ex interdictis fiunt, etiamsi non proprietatis vgl. §. 22 N. 20) est quaestio, sed tantum possessionis, tamen non solum possedisse (sc. corpore), sed etiam „nostrum" possedisse docere debet. — Auch die, vom praetor zuerkannte possessio war eine justa possessio l. 11 D. de poss. 41, 2; vgl. unten §. 22 N. 25; sie obsiegte überhaupt, selbst als possessio ad interdicta noch als besseres Eigentum in drei Fällen adversus ceteros oder extraneos mit weniger oder ohne alles Recht; oben §. 3 Ziff. 9 Note 57—63. Auch Justinian kannte im Interdikte noch keinen Besitzprozess, weil er nach den bisherigen Ausführungen noch überhaupt kein dingliches Besitzrecht kannte; z. B. 4 J. de interd. 4, 15 Retinendae possessionis causa comparata sunt interdicta: cum ab „utraque" parte de proprietate alicujus rei controversia sit, et ante quaeritur, uter ex lit. possidere et uter „petere" debeat vgl. Note 24 und c. 2 C. de prob. 4, 19 cum te in probatione cessante dominium apud eum (sc. possessorem) remaneat.

schon nach ihren materiellen Begriffen unrömisch. Die Römer ersahen vielmehr in der possessio und quasi-possessio, welche in ihren Interdikten verfolgt wurde, wie im ganzen Verlaufe der bisherigen Ausführungen (bes. §. 16) zur Genüge gezeigt, überhaupt niemals den heutigen faktischen Besitz, sondern nur das relative Eigentum und jus in re der Servituten, welches durch die vollendete Thatsache der Apprehension, durch factum in röm. Sinne (und darin inbegriffen u. a. auch möglicherweise durch heutigen faktischen Besitz in germanischem Sinne) eben nur „erworben" wird, niemals aber mit diesem faktischen Besitze identisch ist. — Selbst aber auch der technische Begriff „possessorium" ist unrömisch. Mit ihm bezeichnen die Römer nicht einmal den Prozess über die possessio überhaupt; vielmehr, wenn sie denselben als technische Bezeichnung wirklich anwenden, so ist er ihnen nach dem bestimmten Zeugnisse des Gajus[30]) nur der technische Ausdruck für das specielle interdictum des „bonorum emptor" beim Zwangsverstriche! — Ebenso ersehen die Römer umgekehrt in ihrer wirklichen petitio[31]) niemals einen notwendigen Gegensatz zu dem Prozesse über die possessio (geschweige zu einem Besitze oder einer Detention), sondern der Prozess über die „possessio" selbst war ihnen vielfach gleichfalls eine petitio, d. i. ein judicium oder eine „actio" in rem, soweit eben der possessio oder der quasi-possessio eine solche actio verliehen ward. So trat beispielsweise auch für die röm. „possessio" eine petitio ein: in den civilen actiones für die quasi-

30) Gajus IV § 145: Bonorum quoque emptori similiter proponitur interdictum, quod quidam „Possessorium" vocant; vgl. eod. III §. 80; Rudorff, röm. RG. II §. 90 S. 302.

31) Vgl. schon Seitz in Grünhuts Zeitschr. Bd. VI S. 577 mit N. 13. Die röm. petitio bezeichnet nichts, als eine actio, d. i. ein judicium: in rem im Gegensatze zu den persönlichen actiones oder judicia l. 28 D. O. A. 44, 7 mit l. 178 §. 2 D. V. S. 50, 16. Als Adjektiv findet sich das Wort: als petitorium judicium l. 36 pr. D. R. V. 6, 1, als petitoria actio §. 4 J. de interd. 4, 15, und als petitoria formula Gajus IV §. 92. — Eine gleiche Bedeutung einer generellen in rem actio, wie die petitio, scheint später erst das Wort vindicatio erhalten zu haben; z. B. Gajus IV §. 5; §. 15 J. 4, 6; allein seine erste Entstehung scheint dieser Begriff umgekehrt in Anwendung bloss auf die röm. possessio in dem Verf. in jure der vindiciae oder Interdikte gefunden zu haben; vgl. Gajus IV §. 16: in jure „vindicabantur", IV §. 46 „in jus" vocatus neque venerit, neque „vindicem" dederit etc. Grünhuts Zeitschr. VI S. 588 Note 19, 20.

possessio [32], ferner in der, der possessio justa causa gewährten Publiciana [33], endlich in der, der possessio gewährten interdicti actio. Eine besondere Einzelnanwendung zeigt beispielsweise noch eine const. der Kaiser Gratian und Valent. vom J. 377 n. Chr. [34], wonach ein possessor, welcher einen fundus patrimonialis destitutus von einem peraequator oder censitor übernommen hat, possessor verbleiben und kein anderer „petitor": „nec quisquam secundus petitor" über ihn obsiegen solle etc. — Alle diese Belege beweisen, wie der Prozess über die possessio in Rom in keinem Falle einen Gegensatz zur petitio bilden konnte, weil ja der possessio selbst vielfach eine petitio zur Seite stand, und wie der Gegensatz eines sog. possessorium gegenüber einem petitorium völlig unrömisch ist.

Nun noch zur Frage: wie wurde in dem Prozesse des jus gentium mit Peregrinen der erste Übergang von den interdicta zur actio oder zum judicium erreicht: trotz des hindernden Principes der persönlichen Rechte und trotz des Mangels einer für beide Teile bindenden Gesetzgebung (§. 8)?

Ein solcher Übergang hat sich in Rom im Verlaufe der Jahrhunderte mehrfach wiederholt, und bei jedem dieser Übergänge griffen stets wieder dieselben Grundzüge Platz, so dass sich hier nur stets wieder die Geschichte selbst copierte; nämlich a) einmal der Grundzug, dass dieses gemeinschaftliche judicium für zuvor gegenseitig rechtlich ungebundene Stämme nur durch Zuhülfenahme eines religiösen Eides erreicht wurde, welcher als ein jus divinum auch rechtlosen Fremden gegenüber band [34a], und an dessen Stelle allmählig wenigstens die gleich wirksame sponsio etc. trat; sodann b) der weitere Grundzug, dass in dem

32) l. 6 §. 1 D. si serv. 8, 5: Sciendum tamen, in his servitutibus possessorem esse eum juris et „petitorem"; oben §. 16 N. 24. Vgl. J. 4, 6.

33) Z. B die Ediktsstelle l. 1 pr. D. de Public. 6, 2: Si quis id, quod traditur ex justa causa non a domino, et nondum usucaptum „petet", judicium dabo; l 3 §. 1 eod.: ait praetor: ex justa causa petet; — l. 7 §. 3 eod. est enim justus possessor et „petitor"; l. 24 D. de exc. rei jud. 44, 2: si quis rem a non domino emerit — deinde possessionem amiserit et a domino „petierit"; darüber, dass die Public. nur dem possessor zusteht, § 19.

34) c. 5 C. de fundis patrim. 11, 61.

34a) Vgl. oben §. 13; bes. Cicero de offic III, 31; unten N. 42.

neuen Verfahren das bisherige interdictum des magistratus stets beibehalten und als Prozesseinleitung mit dem neuen judicium verbunden ward. — Diese Übergänge werden wir hier kurz umsomehr verfolgen, als sich hiebei prozessuale Begriffe des röm. Possessprozesses aufklären dürften, welche bisher, (vielleicht wieder in Erinnerung an ähnliche Verhältnisse der germanischen Besitzgenossen), anders, nämlich als „Besitz"-Streitigkeiten, aufgefasst wurden; so namentlich das manum conserere und die vindiciae. —

Überleitungen nämlich der, für das Fremdenverkehrsrecht des jus gentium gegebenen Interdikte zu den judicia der jeweiligen Vollbürger Roms dürften sich in dreimaligen Intervallen nachweisen lassen. 1) Zuerst bei Gewährung von judicia an die privata plebs, deren erste Formel wohl die noch später erwähnte legis actio sacramenti darbot. Diese erste Überleitung scheint schon in den ersten Anfängen des jus civile und zwar schon vor den XII Tafeln (§. 11) erfolgt zu sein, vielleicht schon in den leges sacratae zur Zeit der ersten Secession, welche dem Jahre 260 der Stadt zugeschrieben werden, oder auch schon zu der Zeit, in welcher die Sage den Servius Tullius [35]) die ersten judicia für privati einführen lässt. — Um die damaligen Verhältnisse zum Verständnisse zu bringen, müssen wir uns somit hier wieder erinnern, dass die röm. plebs, bevor sie sich den Eintritt in den populus und die volle Civität erzwang, gleichfalls den Fremden beigezählt wurde und so gleichfalls nur mit Interdikten des Fremdenverkehrsrechtes (jus gentium) ausgestattet gewesen sein musste. — 2) Eine zweite Überleitung konnte bei Gewährung des judicium der Publiciana actio etwa im 6. Jahrh. der Stadt, und 3) eine dritte bald darauf bei Gewährung der interdicti actio eintreten. Bei diesen dreimaligen Übergängen nun erfolgte die Vermittlung auf ähnliche Weise nach den oben ausgeschiedenen Grundzügen.

a) Vor allem folgte man bei diesen drei Übergängen dem gemeinsamen Grundzuge der Gelobung einer sponsionis summa. Dieses Geloben mag, solange noch Verträge den populus und die privati oder Peregrinen nicht wechselseitig banden, mittels Eides, später nach der beiderseitigen Klagbarkeit gewisser Verträge, wie bemerkt, durch sponsio und sonstigen Vertrag allein vor sich gegangen sein.

---

35) Dionys IV, 25. Puchta, Curs. I §. 49, a.

Zu 1). Vor allem dürfte das hieher bezügliche civile judicium der civilen legis actio sacramenti mit einer eidlichen Gelobung eingeleitet worden sein, ein sacramentum d. i. eine bestimmte summa poenae nomine in publicum nach dem Unterliegen vor dem judicium der quiritischen centumviri abzutreten [36]). Dass hiebei ein Eid vorkam, ergibt das Wort. Aber auch diese Summe wird von Gajus IV §. 95 selbst als eine „summa sponsionis" erläutert, und der Name sacramentum ging zweifellos erst von dem wirklichen Schwure auf diese Summe über. — Zu 2). Dieselbe sponsionis summa kehrt wieder bei dem prätorischen judicium oder der actio nach der lex Aebutia im allgemeinen, und damit auch bei der actio Publiciana; zu dieser Zeit war aber, wahrscheinlich gleichfalls als Folge der lex Aebutia, auch schon die einfache stipulatio des jus gentium klagbar geworden, und die Verhaftung konnte deshalb hier schon auf eine zweifache Weise erfolgen, entweder bei einer formula petitoria: mittels einer stipulatio judicatum solvi; oder aber bei einem judicium per „sponsionem" mittels der provocatio adversarii sponsione [37]). — Zu 3). Die gleiche sponsionis summa endlich findet sich bei denjenigen prätorischen judicia, welche statt der interdicta, abgesehen von den Fällen der Publiciana actio, gewährt wurden, nämlich bei den interdicti actiones; auch hier konnte — (für cives) vor judices oder

---

36) Gajus IV §. 13: qui victus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine. Dies dürfte keine sofortige Zahlung bedeutet haben, sondern nur eine „Gelobung"; auch schon, weil in jure lediglich ein beiderseitiges „provocare" eintrat IV §. 16, und weil der praetor beiderseitig nicht Zahlung, sondern ab utroque nur „praedes accipiebat sacramenti, quod in publicum cedebat" IV §. 16. Festus s. v. sacramentum: aes significat, quod „poenae" nomine penditur. Varro L. L. V, 180. — Vgl. im allg. Jhering, Geist d. r Rs. I S. 265, 300 ff. — Danz, Jahrb. in Bekker u. Muther V S 88, u. der sakrale Schutz im r. Rechtsverkehre S 151 ff. — Bekker, Aktionen I S. 61 ff. und Zeitschr. der Sav. St. f. R.G. Bd. V S. 1 u. ff. „zu den Lehren von L. A sacramento" etc. Schultze, Privatr. u. Prozess in ihren Wechselbez. I S. 443 ff. — Roth, Beitr. zur Lehre v. d. leg. act. sacr., Zeitschr. der Sav. Stift. f. Rsgesch. III S. 121 Rom. Abt. etc.

37) Gajus IV § 91—92. Zur sponsio sind nach Gajus III §. 93 nur cives, damit allerdings auch Plebejer, welche damals längst cives waren, befähigt; dies beweist auch die Formel der sponsio bei Gajus IV §. 93 si homo, quo de agitur, ex j. Quirit. meus etc.

(für cives und Peregrinen) vor recuperatores — gleichfalls entweder cum poena oder periculo, z. B. per „sponsionem“, oder sine poena und periculo per formulam arbitrariam das judicium gewährt werden [38]).

In diesen drei Fällen drehte sich alsdann der Streit äusserlich um die summa sponsionis oder sacramenti [39]), so dass selbst die ursprüngliche persönliche Rechtsunfähigkeit des Fremden kein Hindernis mehr bot und auch hier ein blosses res repetere eintreten konnte (§. 15).

Dieser gemeinsame Grundzug nun bedarf bezüglich der legis actio sacramento noch einer besonderen Aufklärung, insoferne bei dieser eines märchenhaften manum conserere Erwähnung geschieht, welches man für einen „Zweikampf“ hielt, ähnlich etwa dem germanischen Zweikampfe bei dem „Besitzstreite“ oder dem Gottesurteile über die Gewere; auch hier soll ein Kampf über die possessio entschieden haben. — Mit Recht bezeichnet u. a. schon Rudorff [40]) diese eine Ableitung als eine unerfindliche; denn nach Gajus war es in der That nicht ein Zweikampf; sondern: der praetor allein war es, welcher hier in dem, die legis actio sacramenti vorbereitenden, interimistischen Interdikte über die possessio [41])

---

38) Gajus IV §. 141, 162 f., 165. Vgl. §. 24 zu N. 12 §. 18 N. 22a.

39) Schon Puchta, Curs. II §. 168 findet die Ähnlichkeit des Sponsionsverfahrens mit der actio sacramenti auffällig. — Bezüglich der ersterwähnten civilen „sponsionis“ summa sacramenti (Gajus IV §. 95, 13) bemerkt Gajus IV §. 16: deinde eadem sequebantur, quae, cum in personam ageretur; bezüglich der spons. summa des prätorischen judicium IV §. 91—95, dass sie praejudicialis sei und per eam de re judicari § 94.

40) Gellius 20, 10, 7—10 spricht nicht hiefür; vgl. u. a.: Ex jure manum consertum: „verba“ sunt, — quae — dici nunc quoque apud Praetorem solent etc. Festus s. v. vindiciae dürfte nur bei unrichtiger Emendation von vis hiefür sprechen. Vgl unten Note 46. Anders bei dem allein erhobenen definitiven Interdikte; dies etwa mag durch vim facere vor Gericht vorbereitet worden sein, wie die Ausfüllung der Lacune bei Gajus IV §. 170 durch Studemund zu ergeben scheint; deshalb würde Gellius 20, 10, 10 eine vis civilis, quae verbo diceretur, unterscheiden; vgl. Dernburg, Entwickl u. Begr. d. jur. Besitzes des r. Rs 1883 S. 17 ff. — Rudorff, r. RG. II S. 128 Note 4; Puchta, C. II §. 161 N. 1; Danz, der sacrale Schutz im röm. Rsverk. 1857 S. 113, 134–5; Huschke, Verf. des Serv. Tullius 1838 S. 603 N. 37.

41) Gajus IV §. 16: praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat. — Auch die

entschied. — In der Wirklichkeit dürfte vielmehr dies manum conserere hier nichts anderes bezeichnen, als eben das, bei der legis actio vorkommende, eidliche „Geloben" einer sponsionis summa oder summa sacramenti selbst. Es ist bekanntlich ein uralter, noch durch die XII Tafeln bestätigter Satz des röm. Rechtes, dass selbst gegen rechtlose Fremde Eide gehalten werden müssen: etiam cum hoste devincitur fides [42]). Dieser Rechtssatz nun scheint hier zur ersten Herbeiführung des judicium privatum zwischen Patriciern und plebs verwertet worden zu sein, solange diese selbst noch zu den hostes oder Peregrinen zählte. Gleichwie man geschichtlich nachweisbar somit das jus divinum zu Hilfe nahm (§. 13), um etwa im Jahre 260 der Stadt mittels sacratae leges zwischen patres und plebes gemeinsam bindende leges einzuführen, so benützte man hier den religiösen Eid zur Prorogierung gemeinsamer judicia [43]). Eine der Formen nämlich, in welcher „Eide" in Rom geleistet wurden, war die des hier fraglichen „manum conserere". Livius [44]) klärt uns mehrfach darüber auf, wie dieser Handschlag ein altrömischer Cultus der Gottheit der „Fides" war und das äussere Zeichen eines „Schwures" darstellte, desselben Schwures somit, auf welchen uns der Name der legis actio „sacramenti" ohnehin selbst schon verweist. Wie hier, so war ja auch

---

festuca deutete nicht auf eine vis, sondern sie vertrat die Stelle der hasta, des signum justi dominii. Gajus eod a. E.; unten §. 22 Note 8.

42) Cicero de officiis III c. 31: Nullum enim vinculum ad adstringendam fidem jurejurando majores artius esse voluerunt. Id indicant leges in XII tab., indicant sacratae (sc. leges — vor den XII Tafeln), indicant foedera, quibus etiam cum hoste devincitur fides; vgl. §. 13; über hostis oben §. 6 N. 2.

43) Man könnte deshalb fragen, ob nicht etwa die ganze civile legis actio zugleich für Peregrinen zugänglich, i. e. jus commune war? Dafür spräche 1) dass dieselbe vor Beschreitung des centumvirale judicium u. a. auch „pro re" vor dem praetor peregrinus vorgenommen werden konnte, Gajus IV §. 31, 2) dass Gajus IV §. 13 sie eine generalis actio nennt; vgl. oben §. 5, c.

44) Livius XXIII, 9: jurantes per quidquid Deorum est, dextrae dextras jungentes fidem obstrinximus, ut sacratas fide manus digressi; — I, 1 (Latinus rex) dextra data fidem futurae amicitiae sanxisse; — I, 21 Numa Pompilius — Fidei sollemne instituit, ad id sacrarium flamines-vehi jussit, manuque ad digitos usque involuta rem divinam facere, significantes fidem tuendam, sedemque ejus etiam in dextris sacratam esse; XXIX, 24.

sonst im Rechte der Handschlag und der Cultus der Fides von Einfluss. Auch die alte Ableitung des, dem jus gentium angehörigen Wortes mandans von manus dare [45]), die Klagbarkeit der bonae „fidei“ contractus und die frühere Zugänglichkeit der „fidei“-commissa selbst für Peregrinen [45a]) erläutern ja vielleicht den Satz der XII Tafeln: etiam cum hoste devincitur „fides“ ganz ebenso, wie hier die Prorogation eines judicium durch eidliche Zusicherung.

b) Ein fernerer gemeinsamer Grundzug aller Übergänge von den interdicta des jus gentium zu den judicia war, dass die alten Interdikte stets als Einleitung in das judicium des Eigentumsprozesses etc. beibehalten wurden. Auf diese Weise dürften sich so manche Voreinleitungen in diese judicia, an welche sich bisher andere Begriffe knüpften, im wesentlichen nur wieder als die uns altbekannten, wenn auch einigermassen verstümmelten, interdicta wiedererkennen lassen, und diese selbst umgekehrt uns wieder erklären. — Dies besagen uns die Römer selbst und direkt in den, oben schon berührten Fällen (N. 24), in welchen das Interdikt nur das sogen. interimistische Eigentum erzeugt; so z. B. besagt §. 4. J. de interd. generell, dass das interdictum uti possidetis und utrubi da sei, um bei einem petere oder einer controversia de „proprietate“ zuvor zu untersuchen, wer petere und possidere, (d. i. insolange das Eigentum zugleich faktisch ausüben), solle. — Auch im einzelnen lässt sich dies nachweisen. Die vindiciae nämlich speciell vor der civilen legis actio sacramento waren nach Gajus [46]) nichts, als das „vindicare in jure“, d. i. das vim dicere oder: das alte vim fieri veto des „Interdiktes“; — also auch hier nicht etwa eine Beendigung des germanischen Zweikampfes über den heimischen Besitzstreit! — aber freilich

---

45) Plaut. capt. act. 2 sc. 3 vers. 83. Isidor, origines IV, 4; vgl. bes. Huschke, Verf. des Serv. Tullius S. 603 N. 37.

45a) Vgl. § 13 Note 6a.

46) Gajus IV §. 16: mobilia quidem etc. — in „jure“ vindicabantur — — postea „praetor“ secundum alterum vindicias dicebat, i. e. interim aliquem possessorem constituebat; Festus s. v. vindiciae: potius dicitur „jus“, quia (nicht, wie Huschke emendiert: vis, quam) fit inter eos, qui contendunt. Jus bezeichnet auch hier einen Gegensatz vom judicium; über „jus dicere“ oben Note 1. Vgl. Jhering, Beitr. z. L. v. Bes. S. 62, 2. Aufl. 76, und Bruns, Besitzklagen 1874 S. 17 ff., welch' letzterer leider die röm. possessio noch mit dem germ. Besitzrechte vermengt.

jetzt, vor der sofort einzuleitenden legis actio, nur mehr eine Entscheidung in bloss provisorischer Weise, indem jetzt nicht mehr der magistratus selbst, sondern der judex die Definitiventscheidung treffen sollte. — Dasselbe war bei der interdicti actio wie im allgemeinen der Fall [47]).

Auf diese Weise dürfte somit ersichtlich sein, wie die Überleitung der interdicta des Fremdenrechtes zu judicia oder actiones im Eigentumsstreite durchgängig durch Zuhülfenahme des jus divinum und unter Beibehaltung der Interdikte als interimistischer Entscheidungen erfolgte.

Materielle Reformen der lex Aebutia. Materieller Erfolg der actio Publiciana als judicium der possessio (nicht des Besitzes).

§. 19.

Im vorausgehenden §. haben wir beachtet, wie die, im 6. Jahrhunderte der Stadt [1]) auftauchende lex Aebutia für das jus gentium und die possessio die „prozessuale" Reform eines Überganges von der Verhandlung des Interdiktes „in jure" zum „judicium" mit sich brachte. Diese prozessuale Reform indes erklärt uns noch nicht, wie es kam, dass die röm. Prätur zuvor zu den grossen „materiellen" Reformen, welche das jus gentium seit diesem Jahrhunderte etwa erfuhr, noch nicht befähigt war, und wie dieselbe erst jetzt reformatorisch ein grossenteils neues materielles Recht schaffen konnte.

---

47) Abgesehen von der generellen § 4 J. 4, 15 bemerkt Gajus IV §. 139 bezüglich der interdicti actio, dass „interdicta" zumeist dann erlassen werden, cum de possessione aut quasi-p. contenditur, dass das Verfahren mit dem jubere oder prohibere des praetor, (nicht des judex), somit mit dem „Interdikte" begann, und (§. 141), dass damit das negotium noch nicht statim peractum sei, sondern dass noch das judicium folge. — Gajus ad edict prov. l. 24 D. R. V. 6, 1 bemerkt gleichfalls generell, dass man beim rem „petere" beachten müsse, ob man nicht „interdicto" possit nancisci possessionem; ebenso Ulp. l. 1 §. 3 D. uti poss. 43, 17, dass das „interdictum" uti poss. Platz greife: quotiens est „proprietatis controversia"; ebenso Gajus IV §. 148.

1) Vgl. §. 18 Note 19. — Wegen Raumbeschränkung unterlasse ich hier das Eingehen auf die neueste Litteratur von Huschke, Schultze, Bekker, Aktionen I S. 90 ff., Zeitschrift f. RG. 1884, Bd. V S. 1 ff. etc.

An einer materiellen Verbesserung des Rechtes wäre der praetor bis dahin schon aus dem äusseren Grunde gehindert gewesen, weil er solche Rechtsverbesserungen, solche Befugnisse des benachteiligten jus gentium gegenüber den cives, vor seinem eigenen forum in jure weder hätte verwirklichen noch erzwingen können. Seiner Jurisdiktion unterlagen an Rechten des jus gentium, wie wir in §. 15 und 16 gesehen, bis dahin nur res corporales, die verdinglichten res incorporales der Servituten, sowie überhaupt die „vollendete Thatsache" des Rechtserwerbes des röm. factum, nicht aber das werdende Recht: die „persönliche" Verhaftung oder die Obligation. — Der innere Grund nun hiefür, welcher schon aus dem röm. „Principe der persönlichen Rechte" (§. 2) von selbst folgt, trat in folgender Weise praktisch oder, wenn man will, plastisch hervor. Es stand dem praetor auf dem Boden der Reform zunächst direkt ein, wie es scheint, in den leges sacratae vor den XII Tafeln sowie in diesen selbst zu gunsten der plebs und nachmaligen cives niedergelegter, röm. Verfassungsgrundsatz entgegen: de capite civis non nisi legitimo judicio judicandum [2]). Das röm. „caput" umschloss, wie noch aus den Begriffen: „capitis deminutio maxima, media und minima ersichtlich, die drei Rechte des status libertatis, civitatis und familiae, und von diesen umfasste namentlich der letztere nicht bloss den modernen Begriff des Familienrechtes, sondern auch den gesamten Vermögenserwerb [3]): famulia pecuniaque. Der magistratus, consul, prae-

2) Für die älteste Zeit: Pompon. l. 2 §. 16 u. 23 D. de orig. jur. 1, 2: de capite civis Romani injussu populi non erat lege permissum „Consulibus" jus dicere; für die spätere: Cicero pro Sextio 30, 65: quum et sacratis legibus et XII tab. sancitum esset, ut neque privilegium irrogari liceret, neque de capite civis, nisi comitiis centuriatis rogari, mit 34, 73: non posse quemquam de civitate tolli sine judicio: de capite non modo ferri, sed ne „judicari" quidem posse. Cic. de leg. III, 19 de capite civis rogari nisi maximo comitatu vetat (XII tab.); de republ. II, 36. — Diese Bestimmung ist den modernen Verfassungsbestimmungen vergleichbar, welche Freiheit der Person und des Eigentumes gesetzlich ähnlich garantieren. — Über die bisherige Auffassung des caput: Puchta, Curs. I § 41, 48, 51, 56 N. b; II §. 220.

3) Gajus II §. 102: familiam, id est patrimonium; II §. 116. — Ulp. l. 195 §. 1 D. V. S. In res (deducitur familiae appellatio), utputa in lege XII tab. his verbis: adgnatus proximus familiam habeto. — Das Wort familia pecuniaque der XII Tafeln, welches noch der autor ad Herenn. I, 13 und Gajus II §. 104 erwähnt, wird bereits in Ulp fr. XI §. 14, —

tor etc. war somit nicht im stande, dem Fremden gegenüber einem civis ein persönliches Vermögensrecht zuzusprechen oder zu schirmen. Deshalb musste vor allem das, bereits in §. 18 Note 11—17 erwähnte Privilegium der cives auf ausschliessliche Beschreitung eines, diese obligierenden judicium zu gunsten der, bisher regelmässig nur zum Verfahren in jure zugelassenen, Peregrinen gebrochen werden, wenn das Fremdenverkehrsrecht des jus gentium diesen durch die Gewährung eines judicium nun auch einen, nicht bloss auf res beschränkten, materiellen Vermögenserwerb schützen und ermöglichen sollte.

Die formelle Schranke nun, wie schon bemerkt, beseitigte die lex Aebutia dadurch, dass sie den praetor ermächtigte, ohne Einschränkung auf die Person ein judicium zu gewähren. Gleichzeitig brachte aber auch das Formularverfahren eine Reform des materiellen Rechts mit sich, welche den Prätor autorisierte, das, was er als materielle Satzung haben wollte, in Edikt und formula zu gewähren [4]). — So erklärt es sich, wie mit einem Male von dem Erlasse der lex Aebutia an jene zahlreichen persönlichen Contrakte des jus gentium mit einer actio oder einem judicium ausgerüstet und „materiell" wirksam dastehen, welche soeben zuvor noch klaglose pacta nuda waren. Mit dieser lex Aebutia somit verliess der Rechtsschutz des jus gentium den ausschliesslichen, precären Boden der possessio und quasi-possessio, und entstand jene Periode, von welcher noch Justinian [5]) spricht: ex hoc jure gentium omnes pene contractus „introducti" sunt, ut: emtio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum

---

pr. J. 2, 22, l. 120 D. V. S. und Nov. 22, c. 2 durch pecunia und res sua ersetzt. Gajus I § 44 sowie das prätor. Edikt bezeichnen noch mit familia die Sklaven: l. 195 §. 3, l. 166 D. V. S. — Mommsen, r. Gesch. (3. Aufl. I, S. 152 - 3) klärt diesen Vermögensbegriff damit auf, dass in der Kindheit eines Volkes (z. B. bei Nomaden) alles Vermögen aus Sklaven und Vieh (familia und pecunia) bestehe; so mussten diese Worte den Begriff des Vermögens vertreten.

4) Auch hier scheint sich die Geschichte wieder selbst copiert zu haben. Ein Vorbild für das dare der formula und des judicium findet sich bereits in dem dare der actio zwischen plebs und populus durch die Auguren; Cicero de leg. II, 12: cum populo cum plebe agendi jus aut dare aut non dare. V. §. 1, N. 27.

5) §. 2 J. 1, 2 (cf. Hermogenian l. 5 D. J. J. 1, 1: ex hoc jure gentium-obligationes institutae, exceptis quibusdam, quae j. civ. introductae).

et alii innumerabiles; von da an ward der, zuerst durch die Rechtsfähigkeit der plebs alterierte Satz wiederholt gebrochen: jus publicum privatorum pactis mutari non potest (§. 10 Z. 1), und von da an datiert überhaupt das eigentliche adjuvare, supplere und corrigere des jus civile, welches zugleich mittels der Klagbargestaltung des jus gentium erfolgte.

Für die röm. „possessio“ speciell nun war die lex Aebutia nicht minder von hohem Einflusse: indem sie durch Zulassung eines judicium den Peregrinen den Erwerb des Eigentumes nach jus gentium an res mancipi erst jetzt möglich machte, an welchen das Eigentum, wie schon §. 5, e flüchtig berührt, früher völlig ausgeschlossen war. — Von dem Erwerbe der res mancipi waren nämlich bis zu den XII Tafeln die privata plebs, bis zur actio Publiciana noch die übrigen Fremden ausgeschlossen. Diesen Ausschluss der Peregrinen und des Erwerbes nach Fremdenverkehrsrechte überhaupt beweist noch 1) die Formel der Publiciana bei Gajus[6], zufolge deren der Erwerb einer res mancipi, eines Sklaven, noch zur Zeit des Gajus der „Fiktion“ einer civilen usucapio und, da Peregrinen nicht usucapieren konnten, notwendig überdies der Fiktion der Civität bedurfte; bevor also ein praetor überhaupt bestand, bevor ferner dieser praetor überdies die Macht hatte, Usucapion und Civität zu fingieren und dadurch ein Publicianum judicium mit gleicher Wirksamkeit, wie das judicium der cives zu gewähren, mussten notwendig Peregrinen von dem Erwerbe der res mancipi ganz ausgeschlossen sein. 2) Diesen Ausschluss der Fremden bestätigt bezüglich einer weiteren res mancipi, bezüglich der italischen Grundstücke, der Satz der XII Tafeln: ususauctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto mit dem weiteren Satze: adversus hostem aeterna auctoritas[7]; denn dies heisst: zuvor schützte gegen Peregrinen der civile Erwerb des fundus durch usucapio auf ewig. 3) Denselben Ausschluss der Fremden beweist endlich auch noch die Thatsache, dass der Erwerb der res mancipi nach Ulpians Fragmenten, wie schon oben erwähnt[8]), eine alienatio, einen civilen Erwerb erfor-

---

6) Gajus IV §. 36, 37; cf. §. 4 J. de act. 4, 6 (mit Ulp. fragm. XIX §. 1). Diesen Grund erwähnt bereits Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigentum III S. 193

7) Cicero de officiis I, 12. Über hostis = peregrinus §. 6 Note 2.

8) Oben § 5 Note 25 u. 26.

derte, und ein solcher umgekehrt durch die traditio oder einen Erwerb der Fremden nach jus gentium nicht möglich war. Zu civilen Rechtsgeschäften aber waren Peregrinen überhaupt nicht befähigt. — Diesen, den Peregrinen versagten Eigentumserwerb somit gewährte erst die Publiciana actio, welche innerhalb eines Jahres nun selbst contra jus civile trotz vollendeter Usucapion gestattet werden konnte [9]).

Auf diese Weise dürfte sich uns vielleicht erst jetzt die rechtliche Wirkung der Gewährung der prätorischen Publiciana als eines judicium des possessor an Stelle der Interdikte völlig zum Verständnisse bringen lassen: 1) Die Publiciana ermöglichte materiell von da an für denjenigen, welcher bona fide eine Sache emit d. h. accepit [9a]), zuerst den vollen Eigentumserwerb der possessio nach jus gentium am fundus auf dem territorium der Römer (§. 5) und an res mancipi überhaupt, an welchen zuvor den Peregrinen nur ihr Quasieigentum, ihre quasi-possessio der servitus zugänglich war (§. 15). Von da an war somit auch die, bis dahin berechtigte Definition der Römer nicht mehr wahr: possessio est usus agri (d. i. des quiritischen Bodens), non ipse fundus [10]), denn die possessio trat am ager des populus nicht mehr als blosser usus oder als servitus, d. i. als quasi-possessio, sondern von da an und nun zuerst als corporalis possessio oder wirkliches Eigentum nach jus gentium auf. 2) Die Publiciana war in Folge dessen jetzt prozessual zugleich eine actio des Eigentumes der posses-

---

9) Die Publiciana nämlich konnte 1) direkt gewährt werden, indem dem possessor die vollendete Usucapion fingiert wurde Gaj. IV, 36; §. 4 J. 4, 6; oder 2) als sog. rescissoria actio, wenn die Sache schuldlos von einem civis usucapiert war; hier wurde umgekehrt fingiert, sie sei nicht usucapiert §. 5 J. 4, 6. In letzterem Falle bemerkt l. 35 pr. D. O. A. 44, 7: sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia „contra jus civile“ datur. (Es ist möglich, dass diese einjährige Verjährung unter der annalis exceptio mitbegriffen war, welche Just. gleichzeitig mit der Umformung der usucapio beseitigte, c. un. C. 7, 31: sicut annalem exceptionem, ita et usucapionem transformandam censemus). Über solche Rescissionen im allg. vgl Rudorff, r. RG. II S. 173, 196.

9a) Gajus IV, 36: Si quem hominem A. A. emit; über die Gleichbedeutung von emere und accipere vgl. §. 15 Note 31.

10) Vgl. §. 15 N. 28a, §. 20 zu Note 13—16 und 8. Bezüglich der Anschauung von Brinz über Fortdauer einer ähnlichen Unterscheidung im Just. R. unten §. 21 zu Note 6—10.

sio des jus gentium gegenüber der aeterna auctoritas des civilen dominium ex jure Quiritium; diese possessio obsiegte so vor Justinian selbstverständlich nur in Bezug auf die possessio, das in bonis, nicht in Bezug auf das nudum dominium ex jure Quiritium, während dieselbe erst nach Justinian, welcher possessio und dominium vereinigte, u. a. abwechselnd selbst auch über das ganze dominium obsiegen musste; §. 24 N. 15 u. 16. Aus der Formel nämlich bei Gajus IV §. 36 u. 37, welche eine Fiktion sowohl der Usucapion als der Civität voraussetzt, ergibt sich, dass die Publiciana eine actio gegenüber dem dominus war, und dass daher die, von Justinian überlieferte Ediktsstelle [11]) nicht dahin gelöst werden darf: si quis non „a domino petet"; denn wenn es nicht der dominus ex jure Quiritium, sondern ein possessor nach jus gentium gewesen wäre, welcher verklagt werden sollte, so hätte es keiner Fiktion einer Usucapion und Civität bedurft; hiezu hätte schon ein Interdikt ausgereicht. Der Sinn der Stelle ist somit umgekehrt dahin zu übersetzen: wenn das, was ex justa causa tradiert oder ipso jure erworben ist, amissa possessione dem in bonis befindlichen possessor nicht ausgeliefert wird (traditur), alsdann steht dem possessor (l. 15 D. R. J.; l. 17 pr., l. 22 D. 41, 2, unten §. 23) die Publiciana zu.

Indem wir indessen so die Entstehung der Publiciana zum Schutze des Eigentumes der possessio zu zeigen versuchen, streifen wir freilich hier zugleich notwendig auch eine moderne Controverse [12]), welche überhaupt bestreitet, dass die Publiciana eine

---

11) Ulp. l. 1 pr. D. 6, 2: ait praetor: Si quis id, quod traditur ex justa causa non a domino, et nondum usucaptum petet, judicium dabo. Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigentum III 1859 S. 194 u. 196 hält die ganze Einschaltung „non a domino" für justinianisch und bezieht dieselbe auch auf Grund der Basiliken nicht zu petet. Über die mehrfachen praktischen Anwendungen, in welchen der röm. possessor über den dominus obsiegt, vgl. die Allegate §. 24 N. 16, §. 3 N. 50; dass vor der Publiciana keine actio des possessor gegen den dominus existierte, ergibt §. 4 J. de act. 4, 6; vgl. §. 18 Note 21. Über die Ediktsstelle vgl. meine Abh. in Grünhuts Zeitschr. Bd. VI S. 571 Note 2 a. E.

12) Brinz in d. Recension meines Besitzrechtes: krit. Vierteljahrsschrift Bd. 23 (1881) S. 427 besagt: „überdies kann man bonitarischer Eigentümer sein, trotzdem man possessionem verloren ja niemals hatte, und bezieht sich dabei auf Belegstellen der einschlägigen Controverse. — Vgl. Windscheid, Pand. I §. 199 Note 9, Pagenstecher, röm. Lehre vom Eigentum III S. 196—8, Keller, Pand. §. 156 N. 2, Sintenis u. a.

actio der „possessio" sei. — Diese ganze Streitfrage ist aber wohl nur entstanden, wie so viele andere, durch die Missdeutung und Verwechslung des Eigentumsbegriffes der röm. possessio mit dem heutigen Besitzbegriffe. Es ist wahr und die neuere Jurisprudenz macht zwar mit vollem Grunde geltend, dass die Publiciana keineswegs notwendig eine Klage des Besitzers sei: weil ein Besitz als solcher noch keineswegs schon eine röm. possessio ist[13]. Es wäre aber verfehlt und absurd, daraus zu folgern, dass diese actio auch keine actio der röm. possessio, dieses absoluten und relativen Eigentumsbegriffes, sei! — Gegen letztere Annahme wäre schon im allgemeinen zu erwähnen, einmal, dass die Publiciana dogmatisch die Voraussetzungen einer Usucapion erfordert[14]; dass daher bei ihr schon der Satz Platz greift: sine „possessione" usucapio contingere non potest[15]; sowie zweitens, dass sie auch nur amissa „possessione" erhoben werden kann[16]. Schon aus diesen zwei allgemeinen Gründen musste dieselbe stets nur dem jurist. „possessor" zustehen, d. i. demjenigen, welcher zuvor die possessio, dieses Eigentum, entweder nach jus gentium durch traditio (juris gentium), oder (ipso) jure civili ohne traditio, erworben hatte. — In gleicher Weise dürfte sich aber ferner zeigen, wie auch speciell die einzelnen Stellen, welche zur fraglichen Controverse Veranlassung gegeben haben, sämtlich, wenn auch nicht notwendig einen „Besitz", so doch notwendig eine „possessio" (justa causa), erfordern. — Vor allem ergeben die bestrittenen Stellen in l. 1 §. 2, l. 2, l. 12 §. 1 D. h. l. (6, 2) die einfachste Anwendung

---

13) Vgl. u. a. oben §. 16 §. 3 Ziff. 7, b mit Note 37—39 und §. 11 N. 17—22.

14) Vor allem greift die formula der Publiciana bei Gajus IV §. 36 nur Platz, wo eine usucapio fingiert werden kann; dann setzt auch die Ediktsstelle ausdrücklich diese usucapio voraus l. 1 pr. D. de Public. 6, 2: nondum usucaptum petet; vgl. auch Ulp. l. 7 §. 2 h. l.: posse usucapere, ergo et Publicianam habebit.

15) l. 25 D. de usurp. 41, 3, d. h. ohne dass ein relatives Eigentum der possessio des jus gentium besteht, kann keine adjectio des absoluten und civilen dominium erfolgen.

16) §. 4 J. de act 4, 6: Nam si cui ex justa causa res tradita fuerit — si ejus rei possessionem casu amiserit; — Gajus IV §. 36 qui rem — amissa possessione petit; — l. 2, 6, 12 pr D. de Public. 6, 2. Dass derjenige, welcher die possessio verloren, aber noch eine actio hat, juristisch der possessor ist, ist zweifellos l. 15 D. 50, 17; l. 17 pr. mit l. 22 D. 41, 2 (§. 23).

einer, zwar nicht durch traditio nach jus gentium, wohl aber in der früher geschilderten Weise (Note 13) ipso jure civili, — durch civiles legatum, durch civile mortis causa donatio und durch das sc. Trebellianum, welches dem Fideicommissar die hereditas restituiert — bereits erworbenen civilis „possessio". In diesen Fällen nämlich ist eben die Publiciana gewissermassen eine actio adipiscendae[17]) possessionis, bei welcher das Recht oder Eigentum der possessio ipso jure civili auch dann schon erworben ist, wenn das factum der possessio, von welcher nur das jus gentium den Erwerb der possessio abhängig macht, oder auch der Gegenstand, oder endlich, um mit Bekker zu sprechen, der Thatbestand der possessio durch Apprehension noch gar nicht erlangt ist: etiamsi non fuerit nactus possessionem[18]). Völlig treffend begründet das Vorliegen einer solchen possessio ipso jure und von Anfang an bei der Publiciana in der l. 12 §. 1 h. l. u. a. Pagenstecher und Keller unter Bezugnahme auf den Satz, possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem[19]), auch für den, welcher heredis loco ist. — Ähnlich liegt in l. 7 pr. h. l. eine possessio vor: bei demjenigen, welcher die Publiciana erhebt, weil ihm der praetor die Sache adjudiciert hat; denn in der That (ohne Tradition): juste „possidet"[20]). — Mit Recht als die gleichgültigste

17) Wie bei den interdicta possessionis lassen sich auch bei der actio des possessor drei Arten unterscheiden: 1) die actio recuperandae, wenn die durch occupatio oder traditio des jus gentium (§. 16 Note 28), d. i. durch das factum des j. gent. erworbene possessio vi oder clam wieder verloren ist; eine Anwendung dieses Wortes enthält z. B. c. 1 C. si per vim 8, 5; 2) eine actio adipiscendae, wenn die, ipso jure (civili) ohne jedes factum erworbene civilis possessio wieder amissa ist, Beispiele §. 11 N. 18; 3) eine actio retinendae, welche, gleich den interdicta retinendae uti possidetis und utrubi, zugleich eine negativa oder prohibitoria und daher zugleich ein duplex judicium wäre; diese dritte Art einer „negativa Publiciana" hat bekanntlich auch Puchta, Rheinisches Museum 1827 I S. 165 ff., bes. S. 183 „construiert". Röm. Auffassung § 18, Text zu N. 25 ff.

18) Vgl. oben §. 3 N. 30 mit §. 4, b zu Note 43a.

19) l. 30 pr. D. in quib. c. 4, 6. Pagenstecher, röm. Lehre v. Eigent. III S. 196. — Die Klage ist auch hier wieder eine actio adipiscendae possessionis, analog dem §. 3 u. 1 J. de interd. 4, 15: (adipiscendae possessionis interdicti) vis et potestas haec est, ut, quod ex his bonis quisque pro herede aut pro possessore possideat, id ei (sc. non possidenti), cui bonorum possessio data est, restituere debeat. —

20) §. 22 N. 25.

Stelle bezeichnet ferner Pagenstecher S. 197 die l. 15 h. l.: Mein flüchtiger Sklave hat eine Sache von einem Nichteigentümer gekauft und tradiert erhalten; ich habe die Publiciana, obgleich ich possessionem rei traditae per eum nactus non sim; natürlich; denn ich habe ja die juristische possessio, das Eigentum an diesen Sklaven, durch die Flucht noch nicht verloren und ich erwerbe daher durch ihn sowohl das Recht der possessio als die proprietas[21]), obwohl ich das factum der possessio oder den gekauften Gegenstand durch den Sklaven noch nicht ausgeliefert erhalten habe. — Scheinbar schwieriger ist die l. 11 §. 2 h. l.; in ihr nimmt P. S. 197 eine possessio schon am nasciturus[22]) als vorhanden an, wofür allerdings auch l. 26 D. de stat. 1, 5 sprechen könnte: qui in utero — jure civili intelligitur in rerum natura esse. Doch bedarf es dieser Annahme gar nicht. Die Stelle dürfte vielmehr frei etwa so zu übersetzen sein: Der partus, (das „bereits geborene“ Kind) einer gestohlenen Sklavin, welcher zuvor auch bei dem bonae fidei emptor concipiert wurde, kann von eben diesem bonae fidei emtor mit der Publiciana beansprucht werden, obwohl er von demselben: „(ab eo, qui emit), possessus non est“; die Stelle schweigt nämlich über den sehr entscheidenden Punkt, ob hier die Mutter auch zur Zeit der Geburt in der bonae fidei possessio des emptor war oder nicht. Ist dies der Fall, dann würde der emtor wohl durch die „accessio“ von selbst auch possessor des partus gewesen sein[23]), und die alsdann „ammissa“ possessio des partus, welcher vom b. f. emtor possessus non est, d. i. nicht mehr possessus est, würde zweifellos vom emtor mit der Publiciana zurückerstritten werden können. Nach den allgemeinen, oben vorausgeschickten Voraussetzungen der Publiciana, welche stets possessio ad usu-

---

21) Wörtlich so entscheidet dieselbe Frage Savigny, R. des Bes. 6. Aufl. S. 356 Note 2. Über die Unterscheidung von Recht der possessio (juristische possessio) und possessio oben §. 4 N. 43a.

22) Die „Betonung“, dass das Kind auch bei dem bonae fidei possessor oder emtor „concipiert“ werden müsse, scheint nur zum Nachweise des gleich anfänglichen Vorhandenseins der bonae fidei possessio des Käufers beigefügt zu sein, weil das Vorhandensein einer bona fides eben bei den Römern bekanntlich nur anfänglich erforderlich war, l. 7 §. 13 u. 12 h. l. (6, 2), nicht, wie im canon. und heutigen R., während der ganzen Ersitzungsperiode.

23) c. 1 C. de partu 8, 25; cf. l. 29 §. 1 D. de pign. 20, 1; §. 3 J. 2, 9.

capionem und „amissa“ possessio erfordert, muss, wie auch die Basiliken missverständlich den ursprünglichen Text verändern mögen, allerdings angenommen werden, dass diese verschwiegene allgemeine Voraussetzung der possessio des Kindes durch den bonae fid. emptor vor dem amittere auch hier ebenso vorhanden war, wie deren früheres Dasein in dem nachfolgenden §. 3 derselben l. 11 h. l. in den Worten: conceperit et „peperit“ ausdrücklich betont wird. Deshalb kann auch in l. 11 §. 2 D. 6, 2 der bonae fidei emptor, welcher durch die possessio der Mutter zur Zeit der Geburt mittels accessio deren Kind zu Eigentum der possessio erworben hat, amissa possessione des Kindes dieses mittels der Publiciana zurückvindicieren. — Auf diese Weise dürfte sich somit kein Fall ergeben, in welcher die Publiciana ohne possessio gestattet wird. —

C.

Die einzelnen Eigentumsbegriffe in Rom.

Possessio als ältestes Eigentum der Patricier: — Possessio am ager publicus. — Usus. —

§. 20.

Wenn uns, wie gezeigt, die röm. Überlieferungen mit auffälliger Einstimmigkeit (§. 12 N. 8) bestätigen, dass das jus gentium überhaupt das älteste Recht in Rom war, wenn es somit eine Zeit gegeben haben musste, in welcher für den alten populus überhaupt noch kein jus civile und damit notwendig auch noch kein civiles dominium mit mancipatio als Eigentum speciell, sondern einzig die Grundsätze des positiven jus gentium oder naturale zur Anwendung kamen, so müssen zu eben jener Zeit notwendig auch die Regeln eines naturalen „Eigentumserwerbes“ oder die antike possessio des jus gentium als jus commune[1]) zugleich das einzige Eigentum sowohl für den ältesten populus Romanus der Patricier[2]) wie für alle Fremden gewesen sein. — Mit auffälliger Be-

1) §. 5, b. Unabhängig von dieser formalen Einheit der Rechtsinstitutionen des jus commune im alten Rom bleibt selbstverständlich, wie schon §. 5, b erwähnt, zufolge des Principes der persönlichen Rechte eine materielle Anteilnahme der einzelnen Völkerstämme Roms an dem Rechte des anderen Stammes ausgeschlossen. Z. B. an dem ager publicus der Patricier konnte keine andere Abstammung materiellen Anteil haben.

2) Im wesentlichen stimmt mit obigem schon die 1. Aufl. der röm. Gesch. I S. 258—259 von Niebuhr überein: an den Domänen hätten die Patricier nur Besitz (richtiger possessio), die Plebejer ausschliesslich Eigentum gehabt; (nämlich die Plebejer erlangten erst durch specielle Zuteilung oder mancipatio und erst mit dem Eintritte in das, für Patricier und plebs gemeinsame Stammrecht des jus civile, an Stelle der früheren servitutes, ein dominium ex j. Quirit., während die possessio und occupatio der Patricier am ager publicus im übrigen fortdauerte).

stimmtheit nun bestätigen uns diese notwendige allgemeine Schlussfolgerung wiederholt historische Notizen römischer Schriftsteller speciell. Mit einer gewissen Zuversichtlichkeit tritt bei diesen zunächst die doppelte Überlieferung in der röm. Geschichte auf: einmal, dass in Rom ursprünglich eine Trennung in zwei Eigentumsbegriffe, wie wir eine solche späterhin thatsächlich in dem dominium und der possessio vorhanden finden, nicht bestand; und zweitens, dass das civile dominium ex jure Quiritium nicht das älteste Eigentum des römischen populus war.

Die erstere Thatsache berichtet uns direkt Gajus II, 40: „Sequitur ut admoneamus, aput peregrinos quidem unum esse dominium —. Quo jure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex j. Qu. unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus. Set postea divisionem [3]) accepit dominium, ut alius possit esse ex jure Quir. dominus, alius in bonis habere". — In dieser Stelle hat uns indessen Gajus das ältere Eigentum offenbar noch nicht mit seinem technisch-geschichtlichen Namen genannt. Darüber, dass der Römer und civis Gajus hier unmöglich sagen wollte, das, was er als Eigentum mit dem ihm geläufigen, civilen Eigentumsbegriffe seiner Zeit, mittels des civilen dominium kennzeichnen wollte, habe bei den Peregrinen wie geschichtlich im alten Rom auch dominium „geheissen", vgl. man §. 21. Auch selbst das weitere Wort in bonis (= im Vermögen nach jus gentium etc.) ist noch nicht, wie wir in §. 23 sehen werden, der eigentliche Name eines Eigentumes, sondern nur eine der häufigen tropischen Umschreibungen der röm. Jurisprudenz (§. 5 a. E. u. 23). — Den wahren Namen dieses älteren Eigentumes des röm. populus nun sowohl, als anderseits den Namen desjenigen neuen und späteren Eigentumes, welches nach Gajus: „postea", bei der divisio des Eigentumes in Rom entstand, bezeichnet uns erst völlig bestimmt ein früherer Jurist aus der Zeit des Nero, der jüngere Nerva: dominiumque rerum ex naturali possessione cepisse, Nerva filius ait [4]). Von ihm ist damit die nackte geschichtliche

---

3) Über dies duplex dominium berichtet Gajus wiederholt; §. 11, Note 23 u. 24.

4) Der deutsche Puchta, Curs. II §. 224, N. b glaubt natürlich, dass Nerva und Labeo an dieser Stelle „philosophieren.". Aber die Römer dürften nicht stets philosophieren, wenn sie, wie hier wieder, unserer, wohl jeden Beweises baren, Voreingenommenheit entgegenstehen, dass possessio ein „Besitz" sei. Auch gehört ja Paulus, welcher diese Anschauung

Thatsache überliefert, dass die römische possessio der ältere, das civile dominium dagegen der spätere, bei der divisio des Eigentumes somit notwendig erst entstandene Eigentumsbegriff Roms war. Mit dem Berichte des jüngeren Nerva stimmt aber auch die geschichtliche Thatsache überein, dass schon das bekannte eine Eigentum [5]) der „Patricier“: die possessio am ager publicus, (oben

---

des Nerva wiedergibt, zu denjenigen Juristen, welche in dem Begriffe naturale jus noch nicht das spätere philosophische Recht, sondern noch das geschichtliche und positive röm. jus gentium, also ein „positives“ Eigentum, ersehen. §. 14 oben. — Treffender bezeichnet Puchta an einer anderen Stelle: Curs. I §. 69 eine Anwendung der possessio als „faktisches Eigentum“, so dass man nur bedauern muss, dass derselbe nicht zu dem, aus dem factum erworbenen Eigentum vorgeschritten, sondern wieder auf den Besitzbegriff zurückfallen konnte, welcher mit dem Eigentume nichts zu thun hat, selbst auch nicht einmal mit einem „faktischen Eigentume“.

5) Dass die Römer die possessio am ältesten ager publicus als Eigentum auffassten, wenn sie dasselbe auch den Patriciern nicht belassen wollten (N. 17), ergeben mehrere Stellen; u. a. bei Livius II, 41: Adjiciebat huic muneri agri aliquantum, quem publicum possideri a privatis criminabatur. Sed multos Patrum, ipsos possessores, periculo rerum „suarum“ terrebat; II, 61 „causamque“ possessorum publici agri sustinenti; III, 1 agrarii se in spem legis erexerant. — Possessores et magna pars patrum — actionibus — largiendo de „alieno“ popularem fieri (sc. consulem Aemilium) quaerentes; (de „alieno“: von dem Eigentume der possessores, nicht von deren Besitze); IV, 51 ne vacuum quidem agrum, nuper ex hostibus captum, plebi dividere (nobilitatem); mox paucis, ut cetera, futurum praedae. Bezüglich der Licinischen Rogation Liv. VI, 36, 37: atqui nec agros occupandi modum-alium Patribus unquam fore, nisi alterum ex plebe consulem plebs fecisset; (eine possessio mit sog. anim. domini an r. ager occupatorius — vgl. §. 3 Ziff. 2 mit N. 9 — ist offenbar Eigentum). Vgl. auch Cicero de lege „agraria“ contra Rullum III, 3, 12: cum ea, quae „vestra“ sunt, condonari possessoribus eadem lege videatis; vgl. III, 2, 7 ff. (Note 2). So dürfte sich die Annahme Walters (röm. Rsgesch. I §. 36 N. 10) und anderer widerlegen, dass in eben diesen Stellen blosser Besitz vorgelegen sei. Mit obigem dürfte sich endlich auch die Annahme Niebuhrs (röm. Gesch. II S. 161 ff.), Huschkes, Savignys (Bes. §. 12, a, 6. Aufl. S. 216 f.), Dernburgs und der Neueren überhaupt, dass die possessio zuerst am ager publicus vorgekommen sei, in das richtige Licht setzen. Allerdings kam die possessio, wie im jus gentium, so u. a. bereits am ager publicus der Patricier vor; nur war dieser ursprünglich einmal nicht notwendig öffentliches Land im heutigen Sinne, sondern vom Staate zugelassener Privatländererwerb, welcher den Patriciern

§. 3 Z. 2) gleichfalls possessio hiess; hier haben wir somit überdies ein praktisches Beispiel vor uns, in welchem sich die röm. possessio als Name eines, schon vor dem jus civile der XII Tafeln etc. vorhandenen, wirklichen Eigentumes der Patricier bis in die spätere geschichtliche Zeit erhielt. Denn jeder, welcher die röm. politische Geschichte zur Hand nimmt, kann das Dasein dieses Eigentumes der possessio am ager publicus und des patricischen Occupationssystemes der possessio an den eroberten agri verfolgen, welches namentlich in den Secessionen der plebs, dann zur Zeit der Gracchischen Unruhen etc. für Rom so verhängnisvoll wurde und bis zur Zeit eines Sulla und Caesar seine Nachwehen zurückliess[6]. — Endlich bestätigt uns auch Festus, dass der Name possessio sowohl dem jus publicum als dem jus privatum, somit früherhin sowohl zugleich dem Privatrechte (im heutigen Sinne des Wortes) des populus der Patricier vor dem Eintritte der privata plebs in den röm. populus, als auch dieser plebs privata[7]) selbst angehört habe. Es ist daher kaum zu bezweifeln, dass das Eigentum der Patricier, schon bevor das civile Recht und Eigentum entstand, die possessio gewesen sein musste. —

Noch erübrigt die Frage: welches war näher betrachtet die materielle Erscheinung dieses ältesten und damals einzigen röm. Eigentumes der possessio? Das Wesen desselben wird uns häufig als eine Art **usus**, als „usus quidam" etc. bestätigt[8]). Was ist nun

allein zugänglich war §. 9, und zweitens war diese possessio nicht Besitz im heutigen technischen Sinne, sondern relatives Eigentum. Gegen Puchta's Annahme, dass für den ager publ. nur das interd. de loco publ. fruendo bestimmt gewesen, vgl. schon Rudorff, Zeitschr. f. gesch. R.W. XI S. 338 und zu Puchta, Curs. II §. 227 Note d.

6) Oben §. 3 Note 10. — Stellen über den ager publicus sind gesammelt bes. von Niebuhr, röm. Gesch. II 1. Aufl. S. 359, 360, 2. Aufl. S. 161, Savigny, R d. Bes. 6. Aufl. S. 217 Note 1, Walter u. a.

7) Oben §. 9 mit Festus s. v. „possessiones": appellantur agri late patentes, publici privatique, qui non mancipatione sed usu tenebantur, et ut quisque occupaverat, possidebat (Huschke, colebat Niebuhr). — Auch eine civile usucapio des ager publ. fand nicht statt: Aggenus Urbicus des controv. agror. (ed. Goes p. 69). Walter, Gesch. r. R. I §. 36 N. 11: es fand also zu diesem Eigentume der possessio nie eine adjectio des späteren civilen dominium statt.

8) So in den XII Tafeln: „usus" et auctoritas fundi biennium etc. (Cicero pro Caec. 19, top. 4); dann in mehreren Stellen des Festus und Paul. Diac. e. Festo s. v. possessiones, possessio und peregrinus ager:

aber dieser usus? Es ist klar, dass derselbe etwas anderes sein musste, als die blosse spätere röm. „Personalservitut" des usus; denn possessio und usus in diesem Sinne: Eigentum und jus in re aliena der Servitut, sind verschiedene Rechtsinstitute; das Wort usus musste also im alten Patriciereigentum am ager publicus eine andere Bedeutung haben, und diese lässt sich etwa sichtlicher finden, wenn wir von der praktischen Erscheinungsform der possessio ausgehen, aus welcher dieselbe nach der Anschauung der Römer selbst entstanden ist; nach dem Urteile des Labeo [9]) ist die possessio „appellata a sedibus, quia naturaliter (d. i. nach positivem jus gentium §. 14) tenetur ab eo, qui ei insistit"; d. i. ihre Entstehung wird so hergeleitet von der „Ansiedelung" auf herrenlosem Gebiete, die am ursprünglichsten etwa bei einem Nomadenvolke sich zeigen würde, und die unzweifelhaft stets von einem thatsächlichen „usus", von einem thatsächlichen Ausüben oder beharrlichen Verweilen (insistere) auf der Ansiedelung, wie der Eigentümer dies will, bedingt ist, ohne dass deshalb diese Occupation herrenlosen Landes im röm. Rechte von Anfang an bis in die späteste Zeit etwas anderes gewesen wäre, als ein, selbst rechtmässiges, Eigentum; in diesem Sinne bezeichnet usus auch noch in spätester Zeit ein wirkliches Eigentum; z. B. bei Justinian: litto-

---

Possessiones appellantur agri late patentes, publici privatique, qui non mancipatione, sed usu tenebantur, et ut quisque occupaverat, possidebat (vgl. Note 7). — Possessio est usus agri quidam aut aedificii, non ipse fundus aut ager. — Peregrinus ager secundum Augures publicos est ager pacatus extra Romam et Gabin., qui usu et jure Augurum a peregrino discernitur. — Possessio, ut definit Gallus Aelius, usus quidam agri, non ipse fundus; — (hierüber Dernburg, E. u. B. d. jurist. Bes. 1883 S. 29 ff.). Ähnlich Javolenus ex Cassio l. 115 D. V. S. 50, 16: possessio ab agro juris proprietate distat; quidquid enim adprehendimus, cujus proprietas ad nos non pertinet aut nec potest pertinere, hoc possessionem appellamus. Possessio ergo usus, ager proprietas loci est; (Savigny, Bes. 6. Aufl. S. 220). Auch später noch findet sich das Wort usus statt possessio; so in dem Worte usu-capio und dem usu suum facere aliquid, per usum adquirere in l 1 §. 1, l. 19, 21 pr., 23 pr. — §. 4 D. ex quib. causis majores 4, 6; dass dieser usus eine possessio bezeichnet, folgt schon aus l. 25 D. de usurp. 41, 3: sine possessione usucapio contingere non potest. Vgl. auch N. 10. — Analogien: Gajus I §. 111: usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat; quae enim velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transiebat. —

9) l. 1 pr. D. de poss. 41, 2.

rum usus publicus et juris gentium; dass dieser littorum usus, wenn er dauernd war, ein wirkliches Eigentum vorstellte, besagt u. a. Neratius: quod in littore quis aedificaverit, „ejus" erit [10]). Dieser usus lässt sich somit wiedergeben mit einem, uns schon bekannt gewordenen, völlig gleichbedeutenden Begriffe: mit dem, was wir früher (§. 16) als „römisches factum", mit: äusserer, vollendeter Thatsache, oder was dasselbe ist, mit einer „thatsächlichen" Ausübung des Eigentumes (uti aliqua re animo domini), oder mit einer dauernden Nutzung animo domini, gleich dem beharrlichen Verweilen des Ansiedlers auf seiner Ansiedelung, bezeichnet haben, als das Eigentum, welches, ganz wie die röm. possessio, durch diese „Ausübung" oder durch Gebrauch der Sache animo domini bedingt und erworben ist, und mit dem blossen Aufgeben dieses sog. animus domini oder des Gebrauches, somit desselben usus, als Eigentum verloren werden kann; kurz „possessio est usus" besagt: die possessio ist das Eigentum, in welchem sich so recht das Wesen des „röm. factum", dieses Inhaltes der ältesten possessio spiegelt [11]). Ein solches Haften des Eigentumes an einer äusseren Bethätigung ist ja kaum dem ältesten röm. Rechte allein eigentümlich, sondern wohl jedem Volke der Kindheit gemeinsam; auch selbst die altdeutsche Gewere, welche sowohl das volle Eigentum, als den Besitz an der Almende schützte, macht ja diesen Rechtsschutz ganz ähnlich von einer äusserlichen Bethätigung: dem „Weren" abhängig; dieser usus der Patricier war überdiess bloss gegenüber der anderweitigen Occupation der possessio durch einen Genossen des eigenen Stammes an diese Bethätigung des usus gekettet; eine Occupation durch einen anderen Stammesgenossen, z. B. der possessio am ager publicus der Patricier durch die privata plebs vor Entstehung des jus civile, hinderte schon das Prinzip der persönlichen Rechte, und der Satz: adversus hostem aeterna

---

10) l. 14 pr. D. de a. dom. 41, 1 mit §. 5 J. de rer. divis. 2, 1. Eine analoge Verwertung findet das Wort z. B. bei den Servituten, z. B. l. 20 D. de servit. 8, 1: usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum.

11) Oben §. 16. Man vgl. auch die Schilderung solcher Zustände bei Siculus Flaccus de condit. agr. ed. Goes p. 3. Occupatorii dicuntur agri, quos quidam arcifinales vocant. — Horum ergo agrorum (sc. publicatorum) nullum aes, nulla forma, quae publicae fidei possessoribus testimonium reddat, quoniam nec ex mensuris actis unusquisque miles modum accepit, sed quod aut excoluit aut in spe colendi occupavit, vgl. Aggenus in Front. Goes p. 45. Niebuhr, r. G. II S. 361 ff. 382.

auctoritas, welcher zweifellos schon vor den XII Tafeln in Geltung gewesen sein musste. Auch beruhte der fernere Eigentumsübergang am ager publicus keinesfalls bloss auf factum und apprehensio der possessio allein, sondern auch auf justae causae; denn Cicero spricht beispielsweise in seiner Rede de lege „agraria“ contra Rullum mehrfach von dem Erwerbe gerade der agri publici durch justae causae [12]).

Nur einzelne der obigen Stellen der Note 8 indessen sind auszuscheiden und beziehen sich kaum auf den usus oder die possessio gerade der Patricier am ager publicus, sondern ausschliesslich auf den usus oder die possessio des jus gentium vor der Zeit der actio Publiciana (§. 19 u. 15 N. 28a); nämlich die Stellen, welche besagen, dass die possessio ein usus agri, nicht ipse ager oder fundus, d. i. nicht das Eigentum an diesem ager oder fundus selbst (§. 5 f.) sei; denn ager [13]) bezeichnet das Grundstück, welches nur in quiritischem oder späterem civilen Eigentume sich befindet, also eine res mancipi, einen Bestandteil des territorium Romanum, an welchem bis auf die actio Publiciana herab Peregrinen und Nichtcives überhaupt kein Eigentum erwerben konnten [14]); für Nichtcives also konnte der usus bis in das 6. und 7. Jahrh. herab [15]) hier noch keine Eigentumsbethätigung und in der That nur derjenige usus sein, welcher den Hauptinhalt der Servituten oder jura in re aliena überhaupt, (insbesondere der Personalservitut des usus sowohl, als des „usus des Fruchtgenusses“, d. i. des „usus-fructus“) war; namentlich auch das Eigentum, welches der plebs in den XII Tafeln als usus et

---

12) Z. B. Cicero de lege agraria contra Rullum III, 2, 7: possessiones-publice data, assignata, vendita, concessa sunt — ut quae optimo jure privata sint; III, 3, 11: Quae data, donata, concessa, vendita — possessa — Ergo hac lege jus civile, causae possessionum, praetorum interdicta tollentur. Niebuhr, r. G. I, S. 366, N. 82. Neuerdings Dernburg, jurist. Bes. 1883 S. 8 N. 8.

13) Savigny, R. d. Bes. 6. Aufl. S. 220 ff; oben §. 5 u. 19. Über eine andere Begriffsunterscheidung des ager und fundus vgl. §. 21 zu Note 6—9.

14) Oben §. 19, Text zu Note 6—10, §. 15 N. 28a; neuerdings Dernburg, E. u. B. des jurist. Bes. S. 8 u. ff. mit S. 29 ff.

15) Darüber, dass, wie sich aus den Begriffsbestimmungen der röm. Juristen zeigt, später ein materieller Unterschied zwischen dominium ex j. Quirit. u. possessio nicht mehr bestand und beiden nur der „fundus“, nicht das solum gehörte, vgl. §. 21.

auctoritas garantiert wurde, konnte daher möglicherweise zuvor in seiner rechtlichen Wirkung gleichfalls nur eine Servitut des usus gewesen sein, so dass also erst die XII Tafeln die, der plebs zuvor einzig zugänglichen Rechte der Servituten in volles Eigentum verwandelten, weil damals auch für die plebs nach jus gentium, dessen ja auch die privata plebs zuvor allein fähig war, an res mancipi überhaupt nur servitutes möglich waren [16]. Dasselbe indessen konnte bei dem ältesten patricischen usus oder der possessio publica kaum der Fall sein, denn diese älteste possessio der Patricier am ager publicus war zweifellos begrifflich neben dem dominium des Staates ein volles Eigentum (Note 5), wenn auch freilich der späteren Nobilität eines 7. Jahrhunderts, welche sich, wie Niebuhr [17] treffend bemerkt, nur die Ansprüche des früher, vor unvordenklicher Zeit abgesonderten Standes der Patricier grundlos anmasste, das Eigentum an diesem ager publicus des Staates nicht mehr mit gleichem Rechte zugestanden werden wollte, wie dem Patriciate vor den XII Tafeln.

Puchta [18] nun wendet gegen diese Identität der possessio überhaupt mit der possessio am ager publicus ein, die letztere „beruhe auf einem rechtmässigen Grunde der Verleihung durch den Staat", die possessio ad interdicta sei von der causa unabhängig. — Vor allem dürfte dies geschichtlich nicht ganz zutrefend sein. Denn die Proteste der plebs gegen das Occupationssystem der Patricier und Nobilität an den eroberten Ländern, die Secessionen und späteren Unruhen, waren ja eben dadurch veranlasst worden, dass die späteren Patricier diese Ländereien zu Eigentum occupierten ohne Concession. Noch z. B. Cicero contra Rullum [19] bestätigt direkt das Gegenteil der Annahme Puchtas: dass es sich bei der Herausgabe der agri publici um Ländereien

---

16) Oben §. 15. Ähnlich dachte sich vielleicht Cicero die Reproduktion des althistorischen Begriffes des usus wieder in Cic. ad familiares lib. 7 c. 30: cujus, quoniam proprium tu esse scribis mancipio et nexo, meum autem usu et fructu, contentus isto sum.

17) Niebuhr, r. G. II S. 364. Über die Auffassung der Römer v. auch N. 5.

18) Puchta, Curs. II §. 227. Dagegen jetzt auch Dernburg, jurist. Bes. S. 32 f. nach Schwegler, r. Gesch. Bd. 2 S. 427 Anm. 1; — oben Note 5 a. E.

19) Cicero contra Rullum III, 3, 11 vgl. Livius IV, 51 etc. oben Note 5 u. 12. Vgl. bes. das prakt. Beispiel in Note 11.

handele, sowohl quae concessa, als auch, quae possessa seien, und bei welchem es sich um ein vi ejicere, um ein clam und precario venire in possessionem handeln konnte etc. Auch ist es ja unrichtig, dass nach wirklicher römischer Eigentumsanschauung die „concessa" possessio sich begrifflich von der übrigen possessio unterscheiden konnte; dies war ebensowenig der Fall, wie bei der, ex justa causa überhaupt erworbenen possessio; denn der Begriff des „röm. Eigentums possessio" war nach dem überlieferten, früher einheitlichen Rechte, vor Just. dann schon und allein dann vorhanden, wenn dies Eigentum durch thatsächlichen usus, corpore et animo domini, kurz durch röm. factum erworben worden war; die justa causa wie die concessio bewirkte daher begrifflich den röm. Eigentumserwerb überhaupt nicht, sondern erzeugte nur ein anderes, besseres genus possessionis[20]) oder ein „besseres Eigentum" (plus juris). Daher ist nicht zu bezweifeln, dass auch die possessio publica populi Romani (§. 9—10) der Patricier am ager publicus nur eine Anwendung des röm. Eigentumsbegriffes possessio, dieses jus commune, überhaupt war.

Possessio als Eigentum des jus gentium, der Peregrinen in Rom und der Provinz. Solum und fundus. Steuerpflicht. Possessio und res ipsa.

§. 21.

Schon nach den früheren Erörterungen — §. 15, 16, 19, 20 — wird es kaum einem Zweifel unterliegen, dass die röm. possessio, als jus commune eines röm. Eigentumsbegriffes, in der That zugleich und hauptsächlich dem jus gentium angehört hat. Ueberdies bestätigen dies auch noch Paulus, Nerva filius und Modestin ausdrücklich dadurch, dass sie die possessio dem jus naturale zuweisen, welches nach den Anschauungen dieser Juristen noch identisch ist mit dem positiven jus gentium[1]). — Aus dieser Angehörigkeit an das j. g. folgt neben weiteren direkten Bestätigungen, dass sie zugleich dasj. Eigentum war, welches den gegenseitig

---

20) l. 3 §. 21 D. de poss. 41, 2; oben § 16.

1) §. 14 oben mit Paulus u. Nerva l. 1 §. 1 D. de poss. 41, 2: dominiumque rerum ex naturali possessione cepisse. — Modestin: l. 53 D. de a. dom. 41, 1: quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio.

nach röm. gem. Rechte verkehrenden Peregrinen in Rom sowie in der Provinz zustand[2]).

Weniger glücklich dürfte daher ein Teil der neueren Rechtshistoriker seit Puchta, entgegen Savigny und Walter[3]), aus den bekannten Worten des Gajus II §. 40: aput peregrinos unum „dominium“ gefolgert haben, dass umgekehrt das Peregrineneigentum technisch dominium „heisse“. Dies widerstritte vor allem der direkten Aufklärung des Gajus selbst, welcher an einer andern Stelle[4]) ausdrücklich besagt: in provinciali solo nos „possessionem tantum“ et usumfructum habere videmur. Ueberdies widerlegt sich diese Annahme durch die Natur der Sache. Mit gleichem Grunde könnte man aus ähnlichen Argumenten, z. B. aus dessen

---

2) Gajus II §. 7 (in provinciali solo) dominium populi Romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur. Festus s. v. „peregrinus ager“ secundum Augures publicos est ager pacatus extra Romam et Gabin., qui usu (Wechselbegriff für possessio §. 20 Note 8) et jure Augurum a peregrino discernitur; und bezüglich der privati, der Peregrinen vor den XII Tafeln (§. 9) s. v. possessiones: appellantur agri late patentes publici privatique, qui non mancipatione, sed usu tenebantur et, ut quisque occupaverat, possidebat. — Cicero ad Attic. VI 1, 12; Simplicius ed. Goes p. 76. — Vgl. l. 1 D. de decr 50, 9: possessoribus cujusque civitatis; vgl. oben §. 6, I. — l. 18 §. 25 D. de mun. 50, 4: qui in territorio (civitatis) possident; — l. 101 pr. D. de leg. III (32) praedia omnia, quaecunque in Syria possideo; l. 41 §. 6 D. eod. quidquid in patria Gadibus possideo, etc.

3) Savigny Bes. 6. Aufl. S. 117, 220; Walter r. Rechtsgesch. I §. 223, N. 57. Dagegen Puchta Curs. II §. 235 f. und neuerdings u. a. Ryk in e. Beurteilung meines Besitzrechtes, Goldschmidts Zeitschr. Bd. 26, 1881, S. 625. — Auch aus den, von Puchta ebenda, Note e angeführten fragm. Vat. §. 315 u. 316, von welchen das erste Fragm. aus d. J. 291 n. Chr. stammt, und welche beide von einem „dominium“ rei tributariae in Bezug auf ein Grundstück („solum“ bez. praedium) sprechen, folgt gleichfalls nicht, wie Puchta glaubt, dass der Begriff dominium auf ein Provinzialgrundstück angewendet wurde. Denn nach Aufhebung der Steuerfreiheit seit Diocletian (um 286) konnte auch das dominium an italischen Grundstücken besteuert sein. — Abgesehen hievon waren während der Steuerbefreiung seit dem Macedonischen Kriege noch immer einzelne Teile Italiens besteuerte, tributaria praedia, an welchen somit, als an res mancipi, vielleicht trotz der Steuer von jeher dominium ex j. Quir. möglich war, ohne dass somit Provincialgrundstücke vorlagen. Puchta Curs. I §. 122 u. §. 89 Z. 2 mit Note m §. 68 N. a.

4) Gajus II §. 7; vgl. Note 2.

Worten „duplex dominium", folgern wollen, dass auch diese beiden Eigentumsbegriffe nur dominium, nicht der eine in bonis oder possessio heisse: Wenn nämlich der Römer und röm. civis Gajus uns besagt, dass bei den Peregrinen nur 1 Eigentum bestehe, und dabei dies Eigentum zur Veranschaulichung mit dem ihm geläufigeren Namen seines eignen civilen Eigentums charakterisiert, so sagt er uns doch damit unmöglich, dass dies Provincialeigentum dort auch civiles Eigentum (dominium) „heisse", sowenig, als uns etwa ein Preusse, wenn er berichtet, dass bei andern Völkern, Lappen, Mongolen, Südseeländern nur 1 Eigentum existiere, damit besagen wollte, dass dies Eigentum dort auch „Eigentum" heisse, den Voraussetzungen des preuss. Grundbuches etc. unterliege! Diese Annahme eines civilen dominium in der Provinz widerstritte dem ganzen Systeme des röm. Rechts; es müssten alsdann an Grundstücken auch alle civilen Eigentumserwerbarten des dominium: die mancipatio, in jure cessio, usucapio etc. in der Provinz zulässig gewesen sein, von welchen die Römer direkt berichten, dass sie dort ausgeschlossen waren etc. [5]).

Mehrfach drängt sich bei dem Studium der röm. Geschichtsquellen noch die Vermutung auf, als ob es in Rom eine Zeit gegeben haben müsse, in welcher diese possessio, sowohl als Eigentum des jus gentium wie als Provincialeigentum, sich auch materiell und quantitativ von dem Eigentume des ältesten populus in Rom, etwa von der possessio am ager publicus unterschied; nach den röm. Quellen nämlich würde dieses Eigentum des populus sich auch auf das solum, das Eigentum der possessio dagegen niemals auf dieses, sondern nur auf ein Mittelding zwischen einer blossen emphyteusis und superficies einerseits und dem solum anderseits erstreckt haben, welches die Römer selbst mit fundus — etwa von fundare, was in den Grund gelegt, befestigt ist — bezeichneten. Denn nur an diesem fundus, nicht aber an dem solum war möglich: 1) der usus oder die possessio der früheren privata oder peregrinen plebs, welche Aufnahme und Garantie des usus-auctoritas in den XII Tafeln fand; also auch das, im jus civile

5) Gajus II §. 31: in provincialibus praediis — quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in jure cessionem recipiunt; II §. 46 Item provincialia praedia usucapionem non recipiunt. Bezüglich der in j. cessio vgl. jedoch §. 22 Note 24.

der XII Tafeln gewährte volle „dominium" ex j. Quiritium [6]); 2) zur Zeit des Gajus [7]) noch die „possessio des jus gentium" an Grund und Boden, welche durch das interdictum uti possidetis geschützt wurde; 3) am bestimmtesten bestätigt Gajus II, 7 bezüglich des Provincialeigentumes, dass das dominium an dem „solum der Provinz" nur dem populus Romanus oder Caesar, den einzelnen dagegen nur possessio zustand, welche sich demzufolge hier gleichfalls nicht auf das solum, sondern, wie die possessio des gemeinen jus gentium, nur auf den fundus bezogen haben konnte.

In der That wird dieser fundus, an welchem allein röm. Eigentum möglich war, insolange auch begrifflich noch von den früheren Juristen Javolenus und Gajus als etwas vom solum verschiedenes: als id, quod solo „tenetur" etc., construiert [8]). Dies hiess somit: das röm. Eigentum überhaupt sollte den einzelnen nicht am solum selbst, sondern nur an dem zustehen, was (als fundus) in dem solum fundiert, befestigt, etc. ist. Sogar noch weiter ging diejenige controverse Anschauung der röm. Juristen [9]), welche

---

6) Der Wortlaut der Stelle der XII Tafeln über die usucapio bei Cicero pro Caec. 19, 54; topic. 4: usus et auctoritas fundi biennium. — Auch Gajus II §. 42 spricht nur von einer usucapio fundi, nicht soli; Gajus II §. 54 variiert zwar, aber nur scheinbar, indem er abwechselnd auch von einer usucapio der „soli res" spricht; denn eine soli res ist nicht identisch mit dem solum, wie die weitere Erläuterung der Usucapion bei Gajus selbst am Schlusse derselben Stelle: etiam quae „solo tenentur" und II §. 53 u. 204 in f. ergibt. Deshalb wird auch der civile u. quiritische ager (§. 5) von Javolen und Florentin l. 115 u. 211 D. V. S. nur als eine Art des fundus, nicht als solum bezeichnet.

7) Gajus IV §. 149: et quidem Uti possidetis interdictum de „fundi" vel aedium possessione redditur; anders schon bei dem späteren Ulpian Note 10 a. E.

8) Javolenus l. 115 D. V. S. Quaestio est, fundus a possessione vel agro vel praedio quid distet? Fundus est omne, quidquid solo tenetur; ähnlich die Allegate des Gajus in Note 6 (II §. 53, 54, 204), quae solo teneantur, continentur." Vergl. Cicero top. 4, Savigny Sytem I S. 237, l.

9) Savigny R. d. Bes. 6. Aufl. S. 121 — 124 S. 336; l. 15 §. 1 D. 2, 8 etc. Eine const. des Kaisers Valens etc. von J. 368: c. 4 C. de fundis patr. 11, 61 überlässt die fundi emphyteutici den Nachsuchenden sogar zu dominium; solche vom Jahre 384 u. 377 ausserhalb Italiens gelegene Grundstücke wenigstens zu Provinzialeigentum der possessio: c. 6 u. 5 C. h. l.

aus gleichem Grunde wohl auch die emphyteusis als körperliches Eigentum oder possessio corporalis erachteten; sie nahm eben an, nicht bloss das, mechanisch im Boden Festgehaltene (fundus), sondern auch das eine Zeit lang mit ihm organisch Verbundene sei Objekt eines körperlichen Eigentumes der possessio, nicht bloss Objekt eines Rechts auf Frucht oder Rente einer quasipossessio juris der „Emphyteuse.“ So allein können wir uns die Annahme einer possessio corporalis des Emphyteuta erklären. Erst im 3. Jahrhunderte bei Ulpian [10]) findet sich das Eigentum am fundus nicht mehr festgehalten, sondern auch ein dominium am solum selbst vor.

Vor allem ist nun zu betonen, dass überhaupt in der Unterscheidung eines Eigentumes, welches auch das solum, und eines solchen, welches nur den fundus (id quod solo tenetur) ergreift, nicht etwa ein materieller Unterschied der Eigentumsbegriffe „dominium und possessio“ gefunden werden könnte; denn das civile dominium ex j. Quir. der XII Tafeln, welches ja gleichfalls früheren Peregrinen, der früheren privata plebs gewährt wurde, steht ja ursprünglich, gleich der possessio, wie soeben N. 6 gezeigt, selbst nur am fundus, nicht am solum zu. Diese Unterscheidung scheint so überhaupt nicht zu einer materiellen Unterscheidung von Rechten des jus civile und gentium, wohl aber zu einem ganz anderen Zwecke, dazu nämlich bestimmt gewesen zu sein, um in Rom die Steuerpflicht juristisch zu begründen. Bekanntlich vermochte das ältere Recht in Rom überhaupt noch nicht zwischen einem öffentlichen und Privatrechte im heut. Sinne zu unterscheiden (§. 9); somit auch noch nicht zwischen einem öffentlichen und privatrechtlichen vectigal als einer Abgabepflicht vom Grundbesitze an Staat und Privaten. Deshalb ist es wahrscheinlich, dass die Römer auch die öffentliche Abgabepflicht durch den privatrechtlichen Grund motivierten, das solum, auf welchem die

---

10) Ulpian. fragm. XIX §. 1 führt zwar unter den res mancipi noch den „fundus“ Italicus auf: praedia in Italica solo, tam rustica, qualis est fundus etc.; auch begreift er unter einer „res soli“ noch den fundus und die servitus: l. 1 pr. D. de condict. trit. 13, 3 und spricht derselbe in l. 1 §. 1 D. R. V. 6, 1 noch von einem dominium: in his, quae „solo continentur.“ — Allein in l. 3 §. 7 D. uti poss. 43, 17 spricht derselbe dem Superficiar gegenüber bereits von einem dominium soli und in l. 1 §. 1 h. l. gesteht er auch dem possessor ad interdicta, welcher das uti possidetis stellt, eine possessio soli zu.

Staatsuntergebenen sassen, sei Eigentum des alten populus; in ähnlicher Weise wurde eine Begründung der röm. Grundsteuer neuerlich von Matthias [11]), versucht. — Diese frühere Unterscheidung zwischen einem Eigentum am solum und fundus aber musste als wertlos wieder fallen gelassen werden, als auch die, vorübergehend seit dem Macedonischen Kriege a. u. 586 bestehende Steuerfreiheit um die Zeit Caesar's oder Diocletian's (Note 3 a. E.) wieder beseitigt worden war; daher wohl der Grund, warum an dieser Unterscheidung schon z. Z. Ulpian's nicht mehr festgehalten wurde.

Wenn auf diese Weise die possessio, das Eigentum des jus gentium, ganz in gleicher Weise, wie das civile dominium ex j. Quir., stets am fundus und späterhin auch am röm. solum (N. 10) zugestanden wurde, so dürfte sich im Just. Rechte noch weit weniger eine Unterscheidung zwischen einem Erwerben, Kaufen, recuperare etc. der res selbst — der res ipsa — und einer blossen possessio nachweisen lassen, an welcher Brinz [12]) noch

11) Matthias die röm. Grundsteuer und das Vectigalrecht. Erlangen 1882 bes: S. 29, 31ff.

12) Brinz in der Recension meines Besitzrechts, krit. Vierteljahrsschrift 23 (1881) S. 426, 427. — Das Gegenteil zeigt beispielsweise die, von Brinz selbst aufgeführte l. 17 D. 6, 2; hienach ist die res dem beklagten dominus ex j. Quir. nur dann nicht entzogen: si ea res possessoris non sit, d. i. wenn gegenüber dem, mit der Publiciana klagenden possessor (§. 19) dem dominus die Einrede eines besseren Eigentums, z. B. eines plenum dominium zur Seite steht; besteht diese Einrede nicht, so besagt der Schluss der Stelle, dass der „possessor" allerdings potius „rem" habeat; ähnlich ergeben einen Streit um die res ipsa viele andere Stellen des Just. Rechts z. B. l. 6, 7 D. 6, 2; selbst bei der possessio ad interdict.: Gajus IV §. 154: rei possessionem (cf. §. 6 J. 4, 15 u. c. 7 C. 8, 4); l. 1 pr. §. 1 u. 7 l. 3 §. 7 D. uti poss. 43, 17. (Nur tritt in 1 Falle natürlich, bei der Schätzung der possessio, nicht immer eine Schätzung der res ipsa ein: l. 3 §. 11 eod. weil eine blosse possessio precaria, pignoris u. s. w. vorliegen konnte, und dieses „Eigentum auf Zeit" selbstverständlich nicht soviel Wert hat, als das unwiderrufliche Eigentum der possessio). — l. 35 pr. D. O. A. 44, 7 bezeichnet die Publiciana actio insbes. ausdrücklich als eine solche, welche rei persecutionem continet. — Charakteristisch ist, wie die, seit etwa dem 6. oder 7. Jahrh. an der res mancipi des fundus zustehende possessio (§. 20, 19) jetzt von dem Juristen Javolen nicht mehr, wie in der alten grammatischen Unterscheidung bei Festus, als blosser usus agri vom ager ipse oder fundus ipse (Eigentum) unterschieden wird, sondern in l. 115 D. V. S.: lediglich als usus und proprietas, d. i. als possessio (§. 20) und dominium ex j. Quir.

festzuhalten scheint. Allerdings bestand in der That diese Unterscheidung von res ipsa, d. i. eines dominium als einzigen Eigentums an der Sache, und einer blossen quasi-possessio (usus) des jus gentium: an res mancipi vor der actio Publiciana [13]; an diesen res mancipi, z. B. an agri, war die possessio damals nur: usus agri oder fundi, nur quasi-possessio der servitus, nicht ipse ager, nicht Eigentum, weil vor der Publiciana ein Eigentumserwerb nach jus gentium an diesen res mancipi überhaupt ausgeschlossen war. Allein diese Erwerbsunfähigkeit wurde eben, wie bereits gezeigt, längst durch die Fiktionen der actio Publiciana beseitigt [14].

Selbstverständlich ist, dass der, nach der Vereinigung der possessio (in bonis) mit dem dominium ex j. Quir. auch für die possessio sich findende Justinianische animus „domini" oder die ψυχὴ δεσπόζοντος des Theophilus nicht für die vorjustinianische possessio passen konnte. Denn da konnte der Eigentümer nach jus gent. noch nicht das Bewusstsein haben, dass er zugleich civiles „dominium" habe; aber auch schon der animus possidendi, dies Bewusstsein, Eigentümer nach jus gent. zu sein, hatte damals die gleiche Bedeutung des Bewusstseins eines Eigentumserwerbes.

Eigentum des jus civile. Civiles commercium; mancipatio; mancipium, dominium ex jure Quiritium; proprietas; civilis possessio; in jure cessio.

§. 22.

Die ersten Keime des röm. commercium vor den XII Tafeln, jenes jus emendi oder accipiendi nach Ulp. und Festus [1], welches zuerst als eine Mitlöhnung (von cum und merces) an den wertvol-

---

(diese eine Bedeutung der proprietas §. 22 N. 20); dies hiess jetzt: beiden kann der fundus zu eigen gehören, dem einen nach jus gentium, dem andern nach jus civile.

13) oben §. 15 Note 28a.

14) Vgl. Qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam „rem" habere videtur l. 15 D. R. J. 50, 17 (Paul); oben Note 10, ferner §. 19 zu Note 6—10 und §. 20 zu Note 13—16.

1) Ulp. fragm. 19, §. 5. Commercium est „emendi" — jus, mit Festus s. v. redemtores: antiquitus „emere" pro accipere ponebatur, u. s. v. manceps: manceps dicitur, qui quid a. populo emit, d. i. der etwas von populus „erhält".

leren Beutegegenständen für nicht zum populus Gehörige, und zw. zuerst als blosses commercium des jus gentium, auftrat, haben wir bereits kennen gelernt (§. 15). Diese älteste Beuteverteilung vermochte den, nicht zum röm. populus gehörigen privati oder Peregrinen überh., insbes. auch der damaligen privata plebs, an den wertvolleren Beutegegenständen, dem ager publicus und den übrigen res mancipi, noch nicht das volle, damals noch einheitliche Eigentum der possessio der Patricier mit seinem freien Occupationsrechte zu gewähren; das Eigentum hieran vielmehr war damals noch dem populus der Patricier ausschliesslich vorbehalten, und die privati konnten an diesen vorbehaltenen res mancipi nur das jus in re „aliena" der Servituten des jus gentium erwerben. Wir haben ferner bereits verfolgt, wie wenigstens für die übrigen Peregrinen, ausser der röm. plebs, der Erwerb von Servituten des jus gentium der einzige Vermögenserwerb an res mancipi solange überhaupt verblieben sein musste, bis endlich auch diesen das prätorische judicium Publicianum durch Zuhülfenahme seiner Fiktionen, beiläufig im 6. Jahrhunderte der Stadt, an res mancipi einen förmlichen Eigentumserwerb nach jus gentium: eine possessio corporalis, ermöglichte.

Mit diesem, jedem Peregrinen schon zugänglichen Vermögenserwerbe indessen der blossen servitus des jus gentium begnügte sich die revolutionäre plebs, — von welcher Dionys[2]) allerdings noch aus dem Jahre 298 der Stadt berichtet, dass sie an den, ihr in der Stadt Rom eingeräumten Wohnsitzen nur superficies erwarb, — keineswegs bis in das 6. Jahrhundert. Sie brach vielmehr bereits mit den XII Tafeln a. u. 302 ff. das gesonderte Stammrecht des alten populus überhaupt, und in dem, für populus und plebs damals neugebildeten Stammrechte des jus civile schon errang sie weit vor den übrigen Peregrinen nun, neben dem commercium des j. gent., auch noch das civile commercium mit seinem, für Patricier und plebs gemeinsam zugänglichen, vollen Eigentume des dominium ex jure Quiritium.

Dieses civile commercium oder diesen wesentlichen Bestandteil des jetzt errungenen status civitatis und erweiterten jus civile, welches sich nun privatrechtlich auf Eigentum, Vertragsrecht, Erbrecht u. s. w. erstreckte, scheint sich die plebs erst in den

2) oben §. 15 Note 10.

XII Tafeln errungen zu haben. Die privatrechtliche Seite der römischen Civität besteht überhaupt aus commercium und dem später, durch die lex Canuleja vom J. 309 errungenen connubium; und eben den wichtigsten Teil des commercium, jedenfalls das jus emendi zu vollem Eigentume, scheinen erst die XII Tafeln herbeigeführt und geregelt zu haben. Nach dem geschichtlichen Erfahrungssatze Roms nämlich, dass sich der Vermögenserwerb hauptsächlich dem Beuteerwerbe nachbildete[3]), scheinen die XII Tafeln vor allem einen Eigentumserwerbakt dem Eigentumserwerbe bei der Beuteverteilung an die neuen cives nachgebildet zu haben: in der mancipatio; neben dieser wurde ferner wohl zuerst in den XII Tafeln die in jure cessio als Eigentumserwerbakt confirmiert; und selbst der blosse frühere Servitutenerwerb des usus der privata plebs (§. 15), das Plebejerrecht also, welches noch nicht einmal volles Eigentum der possessio nach jus gentium war, scheint erst durch die usu-capio der XII Tafeln zum vollen Eigentum des usus-auctoritas umgewandelt worden zu sein[4]). — In dieser Weise scheinen nun die XII Tafeln der plebs zuerst Eigentum erwirkt zu haben. Diesen Erfolg scheinen aber allerdings die verschiedenen Revolutionen der plebs schon von langer Hand vorbereitet zu haben. Er war vielleicht eine langsam reifende Frucht schon der Erringung des Tribunates v. J. 245 der Stadt in Verbindung mit der I. Secession auf den heiligen Berg v. J. 260 und der ersten lex agraria des Cassius v. 268. Denn erst mit einer wirklichen Zutei-

---

3) Gajus IV §. 16: maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent; vgl. §. 3 J. 1, 3 u. Florentin. l. 4 §. 3 D. 1, 5: mancipia vero dicta, quod ab hostibus manu capiantur.

4) Fragm. Vat. §. 50: quia mancipationem et in jure cessionem lex XII tab. confirmat. Auch Gajus I §. 122 besagt von der mancipatio: sicut ex lege XII tab. intelligere possumus. Dass die ersten Spuren der usucapio sich gleichfalls in den XII Tafeln finden, ist bekannt. — Die späteren Kämpfe der plebs mit den Patriciern betrafen daher schon nicht mehr das Eigentum oder die Anteilsberechtigung an dem erbeuteten ager publicus selbst; dieser war durch die XII Tafeln bereits ermöglicht, sondern nur noch das Mass der Anteilsberechtigung; so ausdrücklich die lex Licinia de „modo“ agri des 4. Jahrhunderts; Livius VI, 37 sagt von jener Zeit: atqui nec agros occupandi modum nec foenore trucidandi plebem alium Patribus unquam fore etc., vgl. VI, 36; ähnlich die lex Sempronia agraria des Tiberius Sempronius Gracchus v. J. 621 etc. (v. Puchta C. I §. 57 u. 72).

lung eroberten Landes zu Eigentum bedurfte man einer legislativen Regelung der Rechtsformel der Eigentumsverhältnisse. Dieses Eigentum musste ferner ein anderes werden, als das frühere patricische und einheitliche Eigentum der possessio mit der freien Occupation der Patricier am ager publicus (§. 20); denn eine gleich freie Occupation der Länderbeute würde der Ueberzahl der Plebejer kaum haben verliehen werden können. Zu ihr hätte das Land kaum ausgereicht. Nicht freie Occupation, vielmehr nur einen überwachenden, jedesmal von einer speciellen Zuteilung der mancipatio oder in jure cessio oder doch von einem bestimmten Zeitablaufe der usucapio abhängigen, Eigentumserwerb vermochte auch die politische Eifersucht der feindlichen Patricierpartei einer plebs zu gewähren; und da das alte Occupationssystem der Patricier, die frühere possessio am ager publicus, für diese sowie zweifellos die possessio des gemeinen jus gentium beibehalten wurde, musste damit selbstredend das schon vielfach erwähnte duplex dominium erst jetzt neu entstehen, dessen neu entstehende Hälfte eben das, von der possessio verschiedene civile Eigentum war.

Verfolgen wir nun näher, wie der Eigentumserwerb der neuen cives in Rom nach dem Satze: maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent, dem Beuteerwerb nachgebildet worden sein musste. — Res nec mancipi durfte der Soldat von jeher im Felde nach jus gentium frei occupieren und erbeuten [5]). Dieser Erwerb wurde nun auch auf das neue civile dominium übertragen; auch während des Friedens konnten nun res nec mancipi in gleicher Weise durch die Apprehension (occupatio und traditio) des jus gentium zu civilem dominium erworben werden, nur mit der neuen, controlierenden Zuthat, dass hier die justa causa [6]) ausdrücklich vorausgesetzt wird, wenn dies Eigentum eben zugleich civiles dominium werden sollte. Dies bestimmte das jus civile neuerlich, obgleich diese justa causa bekanntlich weder im sonstigen jus civile, — bezüglich der usucapio vgl. §. 24 N. 9, in der mancipatio und in jure cessio, — noch auch bei der possessio der Patricier am ager

---

5) §. 17 J. 2, 1. — l. 5 §. 7 D. 41, 1 — l. 1 §. 1 D. 41, 2 — Gajus II §. 69; oben §. 15 Note 21.

6) Ulp. fragm. XIX §. 7, Gajus II §. 20, l. 31 pr. D. de a dom. 41, 1; dieses Fragment erwähnt gleichfalls speciell einen thesaurus, somit eine res nec mancipi.

publicus, noch bei dem Erwerbe der possessio des jus gentium, die Voraussetzung des, durch thatsächliche Uebung, factum, usus, allein schon entstehenden absoluten und relativen Eigentums der possessio etc. war, obgleich hier vielmehr durch justa causa nur ein anderes genus des Eigentums der possessio: ein besseres Eigentum, entsteht (§. 16, 20, 3 Z. 9). — Aber vor allem auch bei den res mancipi wurde zweifellos der neue Eigentumserwerb mittels **mancipatio**[6a]) seiner äusseren Form nach vollständig der Beuteverteilung vor dem Heere nachgebildet. — Nicht nur führt die lange noch fortdauernde Identificierung des Wortes mancipium mit Beutegegenstand und Eigentum an demselben[7]) schon äusserlich darauf hin, sondern auch direkt deuten dies folgende Formen an: Vor allem die aufgesteckte hasta, das zweifellose Symbol eines Kriegsaktes[8]); sodann die Beiziehung von 5 testes[9]); diese figurieren wohl als Repräsentanten der, der Beuteverteilung beiwohnenden corona des Heeres[9a]), und zwar jener V classes, in welche schon Servius Tullius das gesamte röm. Fussvolk eingeteilt haben

---

6a) Ueber die bisherige Litteratur von Hugo bis auf Huschke, Leist, Bekker u. a. sieh Bechmann der Kauf I 1876 S. 47 ff. 60 ff.

7) Nach röm. Art (§. 5 a. E.) wird auch hier mit dem Gegenstande der Beute zugleich das Eigentum an derselben und überdies das Rechtssystem bezeichnet, welchem letzteres angehört; — §. 3 J. de j. p. 1, 3; mancipia dicta sunt, quod ab hostibus manu capiantur; ähnlich Florentin l. 4 §. 3 D. de statu h. 1, 5. — Im corpus juris findet sich das Wort als Eigentumsbezeichnung der früheren res mancipi im allgem. noch häufig erhalten; z. B. l 18 §. 11 D. 33, 7 – l. 15 §. 1 D 7, 1 — l. 99, 101, 93 §. 2 D de leg. III — l. 12 §. 46, l. 20, 22, 27 D. 33, 7 — c. 1 u. 13 C. de reiv. 3, 32 — Paulus rec. sent. III, 6 §. 43 - 60 etc.

8) Paul. Diac. ex Festo: hastae subjicebatur ea, quae publice venum dabant, mit Festus s. v. manceps: manceps dicitur, qui quid a populo emit conducitve, u. s. v. redemptores: antiquitus emere pro accipere ponebatur. — In gleicher Weise ging das Symbol auf den civilen Eigentumsstreit vor den centumviri über, welcher, wie dessen Zusammenstellung mit dem ex hostibus capere anzudeuten scheint, gleichfalls den Kriegsgerichten nachgebildet zu sein schien; Gajus IV §. 16 festuca autem utebatur quasi hastae loco, signo quodam justi dominii, quia maxime sua esse credebant, quod ex hostibus cepissent; unde in Cviralibus judiciis hasta proponitur.

9) Gajus I 119; Ulp. frag. 19, 3.

9a) Varro de R. R. II, 10, 4 besagt noch: si e praeda sub corona emit, (emere heisst accipere vgl. §. 15 Note 31).

soll[10]), von welchem sich auch wohl der Name „classici testes" erhalten hat; diese somit sind wieder Repräsentanten des Volkes im Kriege; neben diesen und dem libripens endlich findet sich noch eine weitere Person: der antestatus; so sehr auch die Bestimmung dieser weiteren Person zweifelhaft ist, so scheint doch auch deren Wortableitung zu ergeben, dass sie einen Vorgesetzten, also etwa die Stelle des Heerführers im Kriege vertrat[11]). Allerdings fand sich neben dieser Nachbildung der Beuteverteilung auch noch eine Einkleidung der mancipatio in eine immaginaria venditio[12]); aber auch diese konnte schon zuvor bei der Beuteverteilung Platz greifen; denn es ist möglich, dass dies erste accipere (emere) bei der Beuteverteilung selbst schon von Anfang an in einen Kauf, die älteste Verkehrsform mit Fremden §. 15 und 16, eingekleidet, und dass dann erst wieder diese so eingekleidete Beuteverteilung mit ihren neuen Formen das Vorbild der civilen Eigentumsüberlassung der mancipatio im Frieden wurde.

Nun zur Frage: Welches war der Name des ältesten civilen Eigentumes? — Ein Name dieses Eigentumes, soweit es an res „mancipi" zustand, war früher zweifellos das Wort **mancipium** selbst[12a]); derselbe bezeichnet nach röm. Art (§. 5) zugleich das Recht oder Eigentum und den Gegenstand, welcher ein manu captum oder ein durch man-cipatio erworbener ist. Für dieses Wort geben zwar die röm. Grammatiker und Juristen wieder eine naiv „scheinende" Ableitung, bald von einer erhobenen Hand, bald von einem manu ad-

10) Gellius VII, 13; Puchta Curs. I §. 48.

11) Antestatus wohl von ante — stare, nicht von antestor, weil die zu Zeugen Angerufenen schon in den 5 classici testes vertreten sind. Hierüber verschiedene Meinungen. Böcking Just. I §. 46 N. 19 sieht hierin eine priesterliche Person, Puchta Curs. II §. 238 Note m nach Huschke u. Walch eine Person, welche zu sehen hat, ob alles gehörig geschehen; diese Annahme nun kann als richtig bestehen, ohne die obige des Textes auszuschliessen

12) Gajus I §. 113, 119 — 122: isque mihi emtus est hoc aere. Ihering Geist des r. Rechts II, 2 §. 46; das emere scheint so auch die äussere Form für das accipere des Festus abgegeben zu haben.

12a) Vgl. Note 7. Cic. ad fam. 7, 30: cujus, quoniam proprium tu esse scribis mancipio et nexo, meum autem usu; l. 7 c 29: ergo fructus est tuus, mancipium illius. — Cic. pro Caec. 26, 74 cum omnia tua jure mancipii sint.

prehendere und manu capere [13]). Es ist aber möglich, entweder, dass auch hier der bonae „fidei“ contractus der emtio und immaginaria venditio der mancipatio mittels einer, durch die Hand vorgenommenen, eidlichen Ceremonie, d. i. mittels eines Anrufens der Gottheit der Fides, (wie bei dem manum conserere vor der legis actio sacramenti §. 18) abgeschlossen wurde. Oder es ist auch möglich, dass der Begriff „manus“ an sich schon ein, aus irgend einem Stammrechte, vielleicht aus dem der plebs selbst, entlehnter „Vermögensbegriff [14]) war, dass somit ein manu oder in manu capere parallel neben dem gemeinrechtlichen „in bonis“ als Rechtsbegriff bestand. Denn dasselbe Wort manus, welches als manu capere civilen Eigentumserwerb bezeichnet, bezeichnet auch sonst civiles Vermögens- und anderes Recht; z. B. in der manus über die Ehefrau, Kinder und famulia überhaupt, in deren man-cipatio, e-man-cipatio, manu-missio, in einer manus, welche ja ursprünglich das Recht der Veräusserung und das jus vitae ac necis gleichwie eines jeden andern Sachenrechtes mitumschloss [15]); selbst auch in einer manus des öffentlichen Rechts kehrt ein Rechtsbegriff wieder, welches Recht ja im ältesten Rom niemals von dem Privatrechte unterschieden wird [16]), und auch die „äussere“ Rechts form der man-cipatio (omne, quod per aes et libram fit) wiederholt sich bei dem nexum, dem testamentum per aes et liberam und noch bei sonstigen

---

13) Festus s. v. manceps: quia manu sublata significat, se auctorem emtionis esse. Gajus I §. 121: animalia, nisi in praesentia sint, mancipari non possunt, adeo, ut eum, qui mancipio accipit, adprehendere id ipsum necesse sit; unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur. Ulp. fragm. 19 §. 6. Florentin l. 4 §. 3 D. 1, 5 mancipia, quod ab hostibus manu capiantur; §. 3 J. 1, 3.

14) Festus s. v. Mane: nam mana bona dicuntur, und: Inferi Di Manes pro bonos dicuntur, (immanes non bonos). — Dii Manues, z. B. bei Gajus II §. 4 etc. in der Anwendung: diis Manibus derelictum, heissen überhaupt die Götter die Unterwelt, im Gegensatz zu den dii superi, mit welchen sich der Personification des Reichtums und Vermögens verknüpft, wie mit den, vielleicht der Religion eines andern Stammes angehörigen Begriffen von Pluto und Plutus.

15) Bekanntlich wurden eben diese Rechte zur emancipatio etc. verwertet; vgl. Ulp. fragm. XIX §. 2—4. Rudorff r. RG. II § 99 S. 326, Savigny Syst I S. 360 f. Z. 4.

16) Eine manus regia erwähnt Pomponius de orig. juris l. 2 §. 1 D. 1, 2.

Rechten. Es ist somit möglich, dass neben dem vielleicht patricischen patrimonium (Vermögen der patres) noch ein doppelter Vermögensbegriff bestand: die manus der plebs und der späteren cives sowie die bona, das „in bonis" des jus gentium, und dass so das mancipium das civile Doppelrecht statt des gemeinen in bonis und des patricischen in patrimonio bezeichnet.

Ein weiterer Name des civilen Eigentums, der späterhin am häufigsten angewendete, ist das civile **dominium**[17]). Während das Wort mancipium von seiner ursprünglichen Verwendung für das Eigentum an Grundstücken und sonstigen res mancipi später mehr auf den Begriff des Eigentums an Sklaven beschränkt wurde, scheint umgekehrt das Wort dominium von einer ursprünglichen Verwendung für die Herrschaft über die famulia und Sclaven erst später allmählig für das Eigentum an Grundstücken und sonstigen res mancipi vorherrschend geworden zu sein. Diese seine ursprüngliche Entstehung scheint schon seine Verwandschaft mit dem Worte domare zu verraten; diese scheint auf eine Herrschaft über Sklaven und Viehstand: famulia pecuniaque hinzuweisen, welche Gegenstände, während das Land noch unaufgeteilt in Feldgemeinschaft oder Miteigentum (§. 3 Z. 1) benützt wurde, die einzigen und ältesten Gegenstände des röm. Sondereigentums gewesen sein mussten [18]). — Die Frage, was der Beisatz des dominium „ex jure Quiritium" bedeute, hängt von der Lösung des strittigen Begriffes des

17) Ein Missverständnis von Brinz dürfte es sein, wenn er (krit. Vierteljahrsschrift Bd. 23 S. 425) glaubt, ich habe „in vorjustinianischer Zeit das volle quiritische Eigentum" (auch als duplex dominium schon) in der possessio als inbegriffen bezeichnet. Erst nach der Vereinigung des dominium ex j. Quir. und der possessio (in bonis) durch Just. vereinigt die possessio auch das dominium in sich.

18) Mommsen röm. Gesch. I S. 151. Die in den Pand. enthaltene Def. von Ulp. l. 195 §. 2 D. V. S. bezieht den Begriff auf domus: pater familias appellatur, qui in domo dominium habet, — quamvis filium non habeat; ebenso die XII Tafeln: Cic. de legibus II, 11 u. 24: rogum bustumve novum vetat proprius sexaginta pedes adjici alienis invito domino (hoc habemus in duodecim) v. l. 1 pr. D. de Sc. Silan. 29, 5. Vgl. Just. §. 7 J. de hered. qual. 2, 19: veteres heredes pro dominis appellabant. Savigny Syst. I §. 55, 2 S. 357 bezieht das Wort auf das Sclavenrecht. — Die ältere Bedeutung des Wortes familia ist bekannt §. 19 N. 3. — Lange röm. Altertümer §. 34 führt das Wort dominus gleichfalls auf einen Vermögens begriff zurück (dumenus von duona = bona)

Wortes „Quirites“ (§. 15 Note 20) ab. Soviel scheint zweifellos, dass der Beisatz keinerlei materielle Verschiedenheit innerhalb des Wortes dominium selbst involvierte; alles civile dominium ist vor Justinian ex jure Quiritium, und der Beisatz ist daher ebensowenig von materieller Bedeutung, wie der Beisatz „civile“ dominium; sowenig etwa der Begriff possessio civilis, publica, privata die possessio zu einem materiell verschiedenen Begriffe gestaltete, sowenig ist dies bei dem Begriffe des dominium ex j. Quirit. der Fall; der Beisatz besagt eben nichts weiter, als dass das dominium dem Stammrechte der Quiriten, etwa der Krieger oder Lanzenmänner, an welche allein die Beute mitverteilt wurde, also dem populus der Patricier und später der cives angehörte.

Völlig verlassen uns endlich die römischen Geschichtsquellen bei der Erklärung der „Entstehung“ des Begriffes **proprietas**[19]). Wir wissen bloss, dass das Wort z. Zeit der klassischen Jurisprudenz zweierlei Anwendungen fand: 1) als quiritisches Eigentum im Gegensatze zum in bonis oder der possessio des jus gentium[20]) 2) als dasjenige Recht des Eigentumes überhaupt, welcher deducto usufructu[21]) übrig blieb, so zwar, dass es in dieser Bedeutung auch als in der possessio selbst enthalten bezeichnet wird[22]). In die-

19) Allgemeine Begriffserläuterungen finden sich bei Javolen. l. 115 D. V. S.: possessio usus, ager proprietas loci est (darüber vgl. §. 20). Ulp. l. 12 §. 1 D. de poss. 41, 2. Venulejus l. 52 pr. eod. Aggenus Urbicus II. Hierüber schon meine Abh. in Grünhuts Zeitschr. VI S. 569.

20) Diese Fälle dürfen als bekannt vorausgesetzt werden: z. B. l. 115 D. V. S. mit Savigny Bes. 6. Aufl. S. 220 (N. 1); Gajus II §. 90. Aggenus Urb. lib. II: si possessio minus firma, mutata formula jure Quiritium peti debet proprietas loci. Quinctilian J. O. VII, 5.

21) Gajus II §. 30, 33; – l. 1 §. 1 D. de S. C. Silan. 29, 5; — l. 3 §. 3 D. de leg. III (32); — l. 17 §. 2 D. de usufr. 7, 1; — l. 49 D. de a. dom. 41, 1. — l 4 D. de usu 33, 2. — Savigny R. d. Bes. 6. Aufl. S. 119; (oben §. 3 N. 51; Grünhuts Zeitschr. VI S. 569 Note 1).

22) l. 78 D. V. S. — l. 15 §. 1 D. 2. 8: item, qui solam proprietatem habet, possessor intelligendus; vgl. hiezu § 3 Note 53; — c. 8 C. de fide instr. 4, 21: si constiterit, proprietatem possessionis, de qua agitur, apud vos esse. Dasselbe ergibt die usucapio proprietatis l. 17 §. 2 D. 7, 1, welche nach l. 25 D. 41, 3 eine possessio proprietatis voraussetzt, und die zahlreichen Stellen, welche von einem dominium proprietatis sprechen, dessen Correlar eben die possessio proprietatis ist. Vgl. l. 5 §. 7 D. si ususfr. 7, 6 nam et possessori competunt. Andre Stellen Grünhuts Zeitschrift VI S. 569 Note 3; -- oben §. 3 Note 52–54.

sem letzteren Falle konnte die proprietas somit, wie bei dem civilen dominium, so auch bei dem Eigentume der possessio nur den Teil des Eigentums bezeichnen, von welchem der ususfructus wegveräussert ist. — Müssten wir aus diesen Momenten nun und der Struktur dieses Eigentumsbegriffes: aus dem Vorliegen eines Eigentumes des populus selbst, welches dessenungeachtet possessio heissen konnte, und von welchem servitutes losgetrennt wurden, eine Vermutung für die Entstehungszeit des Wortes proprietas schöpfen, so schiene es mir, dass dessen Entstehung der Zeit des Occupationssystemes des ager des populus (ager publicus) vor Entstehung des jus civile angehört, in welcher einzig das Eigentum der possessio als proprietas oder „proprioritas" demjenigen Quiriten zustand, welcher diese possessio auf den Titel des früheren Occupanten[23]: „pro priore" zuerst occupierte, während nicht gleichberechtigte privati und die privata plebs vor der Entstehung ihres civilen dominium ex j. Quiritium an diesem ager des populus nur servitutes erwerben konnte §. 15; somit der Zeit noch, in welcher auch der plebs nur ein commercium nach jus gentium zustand. — Bezüglich eines letzten civilen Eigentumsbegriffes, der civilis possessio, verweise ich auf das, oben zu §. 11 bereits Gesagte. —

Unter den einzelnen civilen Eigentumserwerbarten endlich haben wir soeben bereits der, auf die Beuteverteilung Bezug habenden mancipatio gedacht; ebenso der usucapio, welche mit dem Erscheinen der XII Tafeln selbst den blossen usus der privata plebs an den res mancipi in das volle Eigentum der ususauctoritas verwandelte. Die innere Rechtsbegründung einer weiteren solchen civilen Eigentumserwerbart ist noch hervorzuheben: die der **in jure cessio.** Diese erschien entweder als eine wirkliche oder doch als eine Scheinvindication, welche im Wege der contentiosa wie voluntaria juris dictio (lege agere) in Rom vor dem magistratus populi oder dem praetor, in der Provinz vor dem praeses provinciae erfolgen konnte[24]. Warum nun dieser

---

23) Darüber, dass die ältere possessio oder die ältere Occupation einen relativen Titel des röm. Eigentums gewährte, vgl. die Belege oben §. 3 Note 61; z. B. l. 1 § 1 D. 41, 2: quae terra capiuntur — (auch sedes = Ansiedelungen l. 1 pr. h. l.) — protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum apprehenderint etc.

24) Ulp. fragm. XIX §. 8; Gajus II §. 24 u. 32; (hiedurch wird Gajus II §. 31 erläutert; nur an Provincialgrundstücken scheint die in j. c. ausgeschlosen gewesen zu sein). — Vollständig auf richtiger Fährte zur Er-

Akt vor einem blossen magistratus civiles dominium erzeugen konnte, während wir doch früher bereits ersehen haben, dass der praetor nur das Eigentum der possessio des j. gent. mit Publiciana [25]), niemals civiles dominium zuerkennen konnte, dass vielmehr hiezu nach der Verfassungsbestimmung der leges sacratae und der XII Tafeln: de capite civis non nisi judicio legitimo judicandum, ein judicium [26]) von cives erforderlich gewesen wäre? Die Antwort lautet: Hier war es eben gleichfalls nicht die jurisdictio des praetor, welche den Uebergang des civilen dominium bewirkte, sondern einzig die confessio der Partei: es war wohl der uralte Prozessgrundsatz in Rom: confessus in jure pro judicato habetur [27]), welcher den Eigentumsübergang bewirkte: diese confessio der Partei somit stand einem Urteile vor einem judicium gleich und übertrug, wie dieses, das civile dominium. — Zur Erläuterung dieser in j. cessio indessen dürfte etwa noch zu bemerken sein, dass dieselbe keineswegs dem jus civile ausschliesslich angehört haben dürfte, sondern auch dem jus gent. Im allgem. schon scheint dies sehr wahrscheinlich; denn was hätte die Peregrinen abhalten sollen, vor dem praetor peregrinus mittels des Interdiktes gleichfalls eine Scheinvindication ihrer possessio anzustellen? Ulpians Fragmente (XIX §. 9) selbst bezeichnen die in jure cessio als eine „communis“ alienatio et mancipi rerum et nec mancipi; damit scheint Ulp. wohl sagen zu wollen, dass sie civiles dominium nach jus civile überträgt (über communis und alienare §. 5): sowohl in Fällen, in welchen hiezu civile Erwerbarten not-

---

klärung bewegt sich hier bereits Rudorff r. RG. II § 39 S. 138 f., wenn er auch die in jure cessio nicht direkt nennt. — Deren Zusammenhang mit der confessio betont auch bereits Bekker, z. d. L. von L. A. sacramento Ziff. I, Zeitschr. der Sav. St. f. RG. Bd. V S. 5; vgl. Schultze Privatr. u. Proz. in ihrer Wechselbez. I, S. 459.

25) l. 11 D. de poss. 41, 2 mit l. 6 (5, 7 pr.) D. de Public. 6, 2; l. 18 §. 15 D. de damno inf. 39, 2; l. 28, 26 § 6 in f. D. de nox. 9, 4; vgl. §. 19 Note 20, §. 18 N. 16.

26) oben § 19 N. 2 u. 3.

27) l. 6 §. 2 D. de conf. 42, 2; l. 56 D. de re jud. 42, 1; c 1 C. de conf. 7, 59 (Die Interpolation der Pand. in l 1 u. 3 D. 42, 2 lässt das „in jure“ weg und die Basiliken 9, 4, 8 setzen dafür in judicio). — Bezüglich des confessum aes liessen schon die XII Tafeln manus injectio zu. Gellius 20, 1; Rudorff r. RG. II S. 217 betont weiter die wiederholte Feststellung des Satzes durch die lex Aquilia und die oratio Divi Marci.

wendig sind, d. i. bei res mancipi, als in solchen Fällen, in welchen selbst Erwerbarten des jus gentium, wie z. B. die traditio justa causa, civiles dominium übertragen, nämlich bei res nec mancipi; dies scheint aber auch auf die Möglichkeit eines sonstigen Erwerbes nach jus gent. hinzuweisen; nach Gajus II §. 32 endlich konnte ferner auch eine in jure cessio des, dem jus gentium angehörigen ususfructus in der „Provinz“ vorgenommen werden. Aus diesen Gründen darf wohl gefolgert werden, dass durch dieses gerichtliche Zugeständnis sowohl quiritisches dominium, als possessio übertragen werden konnte. Deshalb scheint die in j. cessio auch unter Just. noch in Uebung geblieben zu sein. Brunner [28]) bestätigt wenigstens, dass dieselbe sogar in einer röm. Provinz, in England, vor den Königs- und Volksgerichten die röm. Herrschaft überdauerte.

Vereinigung der possessio mit dem civilen dominium unter der Umschreibung „in bonis“. Fundamentalregeln der possessio. Possessio des Diebes nach röm. Auffassung.

§. 23.

Das von uns bisher geschilderte röm. Eigentum der possessio ist von Justinian unter dem Namen „in bonis“ mit dem civilen dominium ex j. Quirit. vereinigt worden. — Dass nun dies „in bonis“ — dieses seit Theophilus so genannte bonitarische Eigentum — mit dem dominium vereinigt wurde, bezweifelt niemand; es steht so wörtlich in einer Constitution Justinians geschrieben [1]). Um daher unsre eingangs aufgestellte These nach-

---

28) Brunner zur Rechtsgeschichte der röm. u. germ. Urkunde I 1880. (Franken in Goldschmidts Zeitschr. 28 S. 389).

1) Nullam esse differentiam patimur inter „dominos,“ apud quos vel nudum ex j. Quirit. nomen vel tantum in bonis reperitur c. 1 C. de nudo j. Quir. toll. 7,25, vgl. den *Δεσπότης βονιτάριος* bei Theophilus paraphr. in Inst. I, 5, 4. — Justinian interpoliert die possessio und das in bonis mehrfach bereits durch das Wort dominium; z. B. in der früher zweifellos dem possessor zustehenden Publiciana (§. 19): l. 1 §. 2 D. de Public. 6, 2 (etwa l. 24 D. 41, 2); l 15 §. 16 u. 17 D. de dam. 3, 92 — §. 6 J de interd. 4, 15 (mit c. 7 C. 8, 4); c. 1 C. 7, 33; c. 2 C. 4, 19 und in zahlreichen Codexstellen. vgl. §. 24 N. 2.

zuweisen, bedarf es nur, die bereits von Savigny anerkannte Thatsache (oben §. 3 N. 45) neueren Zweifeln gegenüber wiederholt bestimmt nachzuweisen, dass die possessio ganz dasselbe ist, was Justinian mit den Worten „in bonis" bezeichnete. Alsdann ist von selbst der Beweis geliefert, dass mit dem in bonis auch die possessio mit dem Justinianischen dominium vereinigt wurde. Die hieher bezüglichen Beweise habe ich schon früher gesammelt [2]); die Grundzüge dieser früheren Beweisführung sind:

1) Vor allem konnte das in bonis an sich nicht selbst schon der wirkliche Name des, innerhalb des röm. „duplex" dominium dem civilen dominium ex j. Quir. „gegenüberstehenden," zweiten Eigentumsbegriffes aus dem jus gentium sein; einfach: weil dies in bonis nach dem Zeugnisse der Römer selbst das civile dominium in sich schliesst [3]). Wir müssen es daher wieder nur mit einer der vielen bloss tropischen Umschreibungen der Römer zu thun haben. Das Wort „in bonis" heisst nämlich wörtlich: „im Vermögen" nach jus civile und gentium [4]); ein Vermö-

---

2) Bes. in Grünhuts Zeitschr. f. d. Priv. u. öff. R. d. Gegenw. VI 1879 S. 565 ff.

3) Ulp. l. 49 D. V. S. 50, 16. In bonis autem nostris computari sciendum est, non solum, quae „dominii" nostri sunt etc. (Später: §. 6 J. de interd. 4, 15. Sed ex sacris constitutionibus, si quis rem per vim occupaverit, si quidem in bonis ejus est, dominio ejus privatur). Dass das in bonis sowohl das naturale, als das civile Eigentum in sich schliessen musste, ergibt schon l. 49 D. V. S.: bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est; v. §. 5 Note 16.

4) Das Wort bona ist auf diese Weise zugleich ein verbum generale, d. i. ein Wort, welches (§. 5, c) sich sowohl im gem. jus gentium wie im Stammrechte des jus civile findet; l. 3 §. 2 D. de bon. poss. 37, 1 bonorum igitur possessionem ita recte definiemus: jus persequendi retinendique patrimonii sive rei, mit l. 5 pr. D. V. S. rei appellatio latior est, quam pecuniae, quae etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet; ebenso l. 49 D. V. S. Wie also das, was in patrimonio ist, die verschiedenen quiritischen Rechte: dominium, hereditas, mancipia etc. umfasst haben wird, so umfasst das, was in bonis ist, sowohl diese, als die Rechte des jus gentium; als Vermögensbegriff des jus gent. speciell umfassen die bona inhaltlich der röm. Ueberlieferungen: u. a. Obligationen, das durch den praetor dem jus gent. zugänglich gemachte Erbrecht, Klagen etc. l. 21, 49, 39 § 1, 83, 182, 208 D. V. S. 50, 16; l. 28 D. de extrao. crim. 47, 10; l. 1 D. de usu 33, 2; vgl. l. 18 pr. D. de damn. 39, 2; §. 6 J. de act. 4, 6; Gajus III §. 80. Der Be-

gen aber, welches selbst civiles dominium neben dem Eigentume des jus gentium umschliesst, kann unmöglich selbst der technische Name des Gegensatzes zu demselben civilen dominium, welches es in sich schliesst, sondern muss an sich lediglich eine Umschreibung, ein Vermögensinbegriff sein, ähnlich wie patrimonium, pecunia etc. blosses civiles „Vermögen" bezeichnet Wenn also die Worte in bonis in Rom thatsächlich dennoch diesen Gegensatz andeuten oder umschreiben sollten, so konnte dies nicht an sich, nicht durch ihren Inhalt, sondern nur durch einen äusseren Gegensatz der Wortstellung geschehen; dadurch, dass man das civile dominium ex jure Quiritium diesem in bonis „entgegensetzte," um so durch diese Gegenüberstellung eines Vermögens neben dem civilen Rechte gewissermassen ein „sonstiges" Vermögen „ausser" dem civilen Rechte zu bezeichnen. Immerhin konnte aber damit noch nicht der technische Name des Eigentums des jus gentium genannt sein.

2) Welches nun der wirkliche Name dieses, dem röm. civilen dominium gegenüberstehenden, zweiten röm. „Eigentums" aus dem jus gentium war, welches die Römer lediglich mit den Worten sonstiges Vermögen oder in bonis umschreiben, — dass dessen technischer Name in der That: possessio hiess, — wird uns wiederholt bestätigt; teils mit direkten Worten, namentlich von Modestin und andern[5]); teils indirekt, indem in ein und derselben Anwendung abwechselnd die Worte in bonis, oder possessio, oder id, quod traditur, für einander angewendet werden, was nicht der Fall sein könnte, wenn diese Worte nicht identisch wären; namentlich in den verschiedenen auf das duplex dominium bezüglichen wie in sonstigen Stellen[6]).

---

griff wird nur begrenzt durch das, rechtlich noch nicht erworbene oder der Eviktion unterliegende Vermögen; z. B. l. 42, 52 D. de a. dom. 41, 1; l. 190 D. R. J. 50, 17.

5) Modestin l. 52 D. de a. dom. 41, 1: Rem in bonis nostris habere intelligimur, quotiens „possidentes" exceptionem aut amittentes ad recuperandam eam actiones habemus. — Ulp l. 49 D. V. S. in bonis nostris computari sciendum — et si (quae) bona fide a nobis „possideantur" — Aeque etc.

6) So z. B. Gajus II §. 40—41: nam si tibi rem mancipi — tantum „tradidero", in bonis tua res efficitur — donec tu eam possidendo usu capias; dieses in bonis, welches zu einer Usucapion führt, musste notwendig und stets eine possessio — vgl. jedoch §. 3 zu N. 56a — sein; denn: sine possessione usucapio contingere non potest: l. 25 D. de usurp. 41, 3, —

Die neuerdings in der scharfsinnigen Recension meines Schriftchens über das heutige Besitzrecht von Brinz[7]) aufgeführten Zweifel gegen die volle Identität der röm. possessio mit dem in bonis sind nun folgende:

1) Die possessio könne nicht in allen Fällen das in bonis sein, weil jemand bonitarischer Eigentümer mit Publiciana sein könne, „trotzdem man possessionem verloren ja niemals hatte". Ich habe bereits oben §. 19 u. §. 4 zu Note 43a zur Genüge ausge-

---

Dasselbe ergibt die Gegenüberstellung des in bonis und der possessio bei Gajus III §. 166, Ulp. fragm. I §. 16 sowie in den übrigen Stellen des duplex dominium vgl. §. 11 Note 23, 24; — ferner u. a. der Umstand, dass auch die possessio, welche der praetor verlieh, (welcher bekanntlich nur possessio, nicht civiles dominium verleihen konnte, vgl. §. 22 N. 25) abwechselnd gleichfalls als ein in bonis bezeichnet ist; l. 26 §. 6 in f. D. de nox 9, 4 (dagegen die Stellen §. 22 N 25). Auch schon der Umstand, dass es eine condictio possessionis gibt, dürfte notwendig dazu führen, dass die Sache, deren possessio condiciert wird, in bonis ist und damit auch die possessio selbst; (es wäre wohl absurd, hiebei an einen faktischen Besitz zu denken und anzunehmen, dass ein faktischer Zustand, welcher nicht Recht ist, aus dem „Vermögen" durch die condictio herausgestritten werden sollte).

7) Brinz krit. Vierteljahrsschrift Bd. 23, 1881 S. 427 Z. 4. Vgl. darüber schon meine Abh. im rechtsgeleerd magazijn I S. 307—8. Welche Kette von Verwechslungen für uns unsre bisherige vorgefasste, niemals bewiesene Meinung, dass possessio nun einmal Besitz sein müsse, mit sich bringen musste, dürfte folg. Deduktion von Brinz zeigen. Ders. S. 427 bemerkt: So werde in l. 52 D. 41, 1 als Bestandteil des in bonis für den Fall, dass der bonitar. Eigentümer besitzt, (das in bonis ist aber immer nur possessio oder Eigentum auf den Titel der fakt. Ausübung etc., nie notwendig zugleich Besitz, dieser ist einflusslos), ausser dem Dasein (richtiger als Folge des Rechts) des possidere die Zuständigkeit einer exceptio, für den Fall des Nichtbesitzes (richtiger: für den Fall einer vitiösen dejectio aus dem corpus des Eigentums der possessio) das Dasein einer actio ad recuperandam rem, nicht blos possessionem (die possessio ist aber ein Recht, das auf den Titel der faktischen Ausübung immer das Eigentum an der „res" selbst erfasst §. 21 Note 12—14) gefordert, mithin einerseits bewiesen 1) dass man bonitar. Eigentümer ohne possessio sein könne (dagegen oben u. §. 19), 2) anderseits erhärtet, dass blosse possessio zum bonitarischen Eigentum nicht ausreicht (hier ist das Wort possessio eine Verwechslung mit „Besitz" oder doch corpus): Ueber die Unmöglichkeit einer 3ten Unterscheidung, einer Unterscheidung des Erwerbes der possessio und der res ipsa, vgl. schon oben §. 21 zu Note 6—14.

führt, dass in derartigen Sätzen die Römer die possessio als Faktum, „faktische Ausübung des Eigentums", als Thatbestand nach Bekker oder wenn man will als Gegenstand der possessio nach Savigny, — von dem Rechte oder Eigentume der possessio unterscheiden. Zweifellos kann jemand bonitarischer Eigentümer oder röm. possessor mit Publiciana sein, welcher niemals diese faktische Ausübung, diesen Thatbestand erlangt oder diesen verloren hat; denn dies röm. factum (§. 16 u. §. 3 Z. 7) ist nicht die alleinige Voraussetzung der röm. possessio; diese kann vielmehr auch ganz ohne factum, ipso jure civili, erworben werden; in diesen Fällen kann man dann von dem Erwerbenden allerdings (juristisch) sagen: possessor est, etiamsi possessionem nondum nactus est aut amisit. Aber es ist unmöglich, dass man die Publiciana und bonitarisches Eigentum haben könne, ohne so wenigstens ipso jure oder juristisch „possessor" zu sein; denn die Publiciana ist ja die actio dieses juristischen possessor (§. 19), und diese possessio wird auch nur mit in bonis, wie soeben gezeigt, umschrieben.

2) Verdienstvoll ist gewiss die weitere Anregung von Brinz, dass das in bonis eine besondere Stufe der possessio sein müsse. — Aber welche? — Brinz glaubt, „bei der injusta possessio sage man nicht, dass res in bonis des possessor sei"; derselbe beabsichtigt somit wohl das in bonis auf die bonae fidei possessio ausschliesslich zu beschränken. Allein [8]) diese eine Annahme dürfte

---

8) Dafür scheint der Eingang einer Stelle von Ulp. (l. 49 D. V. S.) zu sprechen; aber nur dieser Eingang. Vor allem sagt die Stelle dadurch, dass sie die bonae f. possessio ein bonitarisches Eigentum nennt, keineswegs, dass eine andere Stufe der possessio nicht auch „in bonis" sein könne: unius positio non est alterius exclusio; und dann besagt der Schluss der Stelle ausdrücklich, dass ausser der bereits erwähnten b. f. p. in der That noch etwas in bonis sei: „aeque" bonis adnumerabitur, etiam si quid in actionibus, petitionibus, persecutionibus; ähnlich wie l. 52 D. 41, 1 besagt, dass eine Sache überhaupt in bonis sei, wenn wir eine exceptio oder actio haben; seit der lex Aebutia hat sich nun eben auch für die blosse possessio ad interdicta eine actio, geschweige eine exceptio, ausgebildet, die sog. „interdicti actio" (oben §. 18, II); schon deshalb musste auch die possessio ad interdicta in bonis sein können. Direkter noch ergibt l. 53 D 41, 2, dass die vitiosa possessio gleichfalls in bonis sein könne: adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet; denn das Wort prodesse bezeichnet, dass diese possessio Bestandteil der bona ist: l. 49 D. V. S.: naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est bea-

sich kaum bewähren; nicht nur ist nach den, in Note 8 angefügten sowie den später folgenden positiven Stellen ein in bonis auch bei einer possessio ad interdicta, also auch bei einer possessio injusta denkbar, sondern es ist das Wort in bonis auch juristisch überhaupt nur eine Variante des, gewissermassen wirtschaftlich begründeten Satzes der l. 15 D. R. J.: qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur; m. a. W. demjenigen gehört eine Sache als Bestandteil seines Vermögens (in bonis), welcher sie rechtlich mit einer exceptio in demselben erhalten oder sie mittels einer actio in dasselbe zurückführen kann. Unter diesen Umständen ist aber wirtschaftlich nicht abzusehen, warum der possessor ohne justa causa die Sache nicht auch in bonis haben sollte; warum z. B. der Finder eine gefundene Obligation au porteur, welche derselbe ausgeschrieben und der Polizei angezeigt hat, wenn ein sich Melden des früheren Eigentümers nicht mehr zu erwarten steht, sobald er animo domini, wenn auch als blosser possessor ad interdicta, die Sache hat, ebendieselbe nicht in seinem Vermögen haben sollte. Bereichern denn die Couponszinsen aus dieser gefundenen Obligation nicht sein Vermögen, wie jedes andere Geld? Oder ein anderes von mir schon früher angeführtes Beispiel. Der Pächter meines Landgutes masst sich plötzlich animus domini und Eigentum an letzterem an; derselbe wird hiedurch vitiosus possessor. Ich jage nun aber diesen vitiosus possessor gewaltsam von dem Gute; infolge der vis geht nun nach röm. Rechte umgekehrt nicht bloss mein bisheriges rechtmässiges Eigentum der possessio, sondern auch mein bisheriges civiles dominium an dem Landgute verloren[9]: mein früherer Pächter ist jetzt umgekehrt der possessor und dominus, ich als Dejicient dagegen bin jetzt selbst nur der vitiosus possessor, welcher

---

tos faciunt: beare est „prodesse“; die Stelle besagt somit: dritten (Unberechtigten) gegenüber ist die vitiosa possessio juristisch ein Eigentum der possessio oder in bonis.

9) Gajus IV §. 154 per quod (interdictum recuperandae possessionis) is, qui dejecit, cogitur ei restituere rei possessionem; — §. 6 J. de interd 4, 15: si quis rem per vim occupaverit, siquidem in bonis est, dominio ejus privatur; — c. 7 C. unde vi 8, 4: si quis — possessionem rerum — violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem, quam abstulit, restituat possessori et dominium ejusdem rei amittat. Vergl. rechtsgeleerd magazijn I S. 298; l. 5 §. 1 D. ad l. Juliam de vi pr. 48, 6.

jeden Augenblick von dem Gute gejagt werden kann, (denn die exceptio vitiosae possessionis steht ja dem Rechtsmittel de vi nicht wirksam gegenüber). Wenn nun aber weiter der frühere Pächter, vielleicht aus irgend einer Regung der Moral etc., mich auch jetzt nicht nur nicht vertreibt, sondern sogar ein pactum de non petendo mit mir abschliesst, dass er gegen mich die actio oder das interdictum de vi nie erheben wolle, sollte insolange das Landgut nicht stets und von anfang an adversus ceteros oder extraneos — sowie zufolge des pactum nicht auch gegenüber dem jetztigen dominus, dem früheren Pächter selbst — in meinem Vermögen sein? Vermehren denn die Früchte des Landgutes nicht wirtschaftlich wie rechtlich gleichfalls mein Vermögen?

Zwar nicht eine bestimmte einzelne und einzige Art der possessio also, nicht die „bonae fidei“ possessio allein, dürfte wirtschaftlich wie rechtlich mit Brinz den, durch eine volkswirtschaftliche Anschauung in das Recht hineingebrachten Begriff des röm. „in bonis“ erschöpfen; die bonae, wie die malae fidei possessio vielmehr kann unter Umständen in bonis sein. Aber, — wenn auch nicht die bisher angeregte, — eine Verschiedenheit zwischen possessio schlechthin und in bonis kann dennoch bestehen und besteht; freilich aber ist dann diese wirklich bestehende Unterscheidung zwischen in bonis und possessio nach dem Ausspruche der Quellen nur zugleich wieder ein Unterschied zwischen possessio und possessio selbst — nämlich zwischen juristischer possessio und dem factum der possessio — so dass also das in bonis nichtsdestoweniger stets wieder eine possessio verbleibt, wenn auch eine andere Stufe dieser possessio; das in bonis nämlich ist unter verschiedenen Arten der (oder Eigentumsansprüchen aus der) possessio immer das bessere, juristische oder rechtlich wirksame und nicht evincierbare Eigentum der possessio. Diesen Begriff stellen die Römer in der That selbst mit direkten Worten auf: quod evincitur, in bonis non est[10]).

Ganz ebenso verhält es sich aber im Grunde näher besehen — nach den positiven Bestimmungen des röm. Rechtes — mit dem „juristischen“ Begriffe des röm. Eigentumsbegriffes possessio selbst.

10) Celsus. l. 190 D. R. J.; Parallelstellen l. 15 D. eod. 50, 17: qui actionem habet — rem ipsam habere videtur; l. 42, 52 D. 41, 1; l. 28 D. de extrao. crim. 47, 10.

In mehreren (von der bisher herrschenden Besitzlehre völlig, als ob dieselben nicht vorhanden wären, vernachlässigten, weil mit der bisher herrschenden Besitzanschauung der possessio unvereinbaren) Stellen besagen uns die Römer ausdrücklich, dass auch ihre „possessio“ selbst juristisch nur dann gegeben sei, wenn sie rechtlich behauptet werden kann, dass also nur das bessere Eigentum der possessio“ allein rechtlich (juristisch) wirkliche possessio sei; es sind dies die folgenden „Fundamentalstellen“ der Lehre der röm. possessio, welche allerdings eine bisher herrschende Anschauung, dass das Eigentum der possessio selbst ein blosser Besitz sei, niemals verstehen konnte: l. 22 D. de poss. 41, 2. „Non videtur possessionem adeptus is, qui ita nactus est, ut eam retinere non possit;“ — und l. 17 pr. eod: „Si quis vi de possessione dejectus est, perinde haberi debet, ac si possideret, cum interdicto de vi recuperandae possessionis facultatem habeat“ [11]).

Diese Stellen besagen somit, dass auch die röm. „possessio“ juristisch noch nicht erworben sei, wenn sie abgestritten (evinciert), und umgekehrt, dass sie noch nicht verloren sei, wenn sie klagsweise etc. wieder zurückerstritten werden kann, somit dass der juristische Begriff (dieses Eigentumes) der possessio: die juristische (vom Rechte geschützte) possessio materiell ganz das gleiche sei, wie das juristische in bonis. — Es kann so vorkommen, dass selbst ein bonae fidei possessor weder juristisch possessor einer Sache ist, noch diese in bonis hat: wenn er beispielsweise die Sache justa causa von einem non-dominus erworben und sie ihm vom rechtmässigen Eigentümer evinciert wird; und umgekehrt, dass ein blosser possessor ad interdicta juristisch allerdings als possessor zu betrachten und derselbe die Sache — selbst gegenüber dem dominus — in bonis hat; wie in dem obenaufgeführten Beispiele dessen, welcher durch vis sowohl possessio als dominium an seinen früheren Pächter verloren hat, und als possessor vitiosus ad interdicta, an sich schon wenigstens gegenüber jedem Dritten, — in Folge eines pactum de non petendo aber auch gegenüber dem früheren Pächter und jetzigen dominus, — eigentumsberechtigter possessor und in bonis verbleibt.

Ebendeshalb können wir das röm. in bonis das juristische

---

11) Parallelstellen etwa l. 24 D. 41, 2 und die oben allegierten l 15, 190 D. R. J.

oder juristisch wirksame röm. Eigentum überhaupt, nämlich der possessio sowohl wie selbst des röm. dominium, nennen; denn auch das dominium kann nach den Allegaten der Note 3 „in bonis“ und folgerecht zufolge l. 15 u. 190 R. J. nicht in bonis sein, wenn es evincibel ist: und auch das dominium ist evincibel (z. B. §. 24 N. 13, 15 u. 16) und so möglicherweise nicht in bonis. — Es wäre allerdings ferner auch möglich, dass, wie Brinz anzunehmen scheint, in der That die Römer hie und da[12]) diese possessio, welche in bonis war, u. a. auch mit possessio „justa“ bezeichnet hätten, ohne sie deshalb auf die bonae fidei possessio mit Publiciana zu beschränken. — Mit diesem wirklichen, d. i. juristischen Begriffe des röm. Eigentums possessio oder des in bonis dürften endlich auch diejenigen allmählig mehr und mehr Gewissensberuhigung finden, welche in dem relativen Eigentume der possessio des Diebes, (einem Eigentume gegenüber solchen, welche ein noch schlechteres Eigentum sollten erwerben wollen), nach dem heutzutage bei uns herrschenden, in Deutschland selbst aber erst gegen Ende des Mittelalters aufgetauchten, vermeintlich bloss „absoluten“ Eigentumsbegriffe eine Unmöglichkeit ersehen, welche somit in dem röm. Eigentume missverständlich nur das heutige absolute Recht, die Sache zu behalten, nicht auch ein möglicherweise unterliegendes, relatives Eigentum ersehen[13]); die hier neuerlich nachgewiesene Identität der wirklichen, juristischen possessio und des bonitarischen Eigentumes (in bonis) dürfte dies Verhältnis jetzt völlig aufklären. Der Dieb ist auch den Römern juristisch nicht possessor, gleichwie seine possessio, seine Eigentumsprätention nicht in bonis ist, soferne sie evinciert werden kann. Wie aber etwa auch in der mittelalterlichen Gewere eines Diebes, welcher, den Diebstahl jedem menschlichen Wissen verschweigend, sich selbst dem Gottesurteile etc. unterzog und da obsiegte, ein positives Recht entstehen konnte, so ähnlich ist auch der Eigentumserwerb des Diebes zwar stets eine röm. possessio; aber, sobald die Unrechtmässigkeit nachgewiesen, nicht ein Eigentum der possessio, welches „in bonis“, d. i. einer Confiscation, einem juristisch bes-

12) Ueber die verschied. Bedeutungen des Begriffes justa possessio vgl. schon Savigny Bes. 6. Aufl. S. 102; eine bonitarische possessio wäre etwa denkbar in l. 24 D. 41, 2: possessionem sed justam; in l. 28 D. de nox. 9, 4 etc. Relativ in l. 13 §. 1 D. 6, 2; (interdum) etc.

13) Dagegen schon rechtsgeleerd magazijn I S. 295 f. Oben §. 3 S. 63 ff.

serem und sich geltend machenden Eigentume gegenüber wirksam ist; sie ist vielmehr eine Eigentumsprätention, welche sich zwar systematisch unter den „Begriff“ eines, relativ sich zum Unrecht abstufenden Eigentumes einreihen würde, ohne aber im entferntesten den Schutz eines (rechtmässigen) Eigentums zu geniessen. Insoweit ist der Satz zwar falsch, dass aus Unrecht nicht wenigstens ein relatives Recht gegenüber noch grösserem Unrechte entstehe; aber die Römer erachten dieses unrechtmässige Eigentum wenigstens nicht als Vermögensbestandteil: nicht als in bonis befindlich und nicht als juristisches Eigentum.

Materielle Ausgleichung zwischen dominium und possessio. Gleichheit insbes. des dominium in Bezug auf den Begriff der Relativität: dominium injustum.

§. 24.

Die nähere Ausführung, wie sich die Ausgleichung des doppelten röm. Eigentums dominium und possessio vollzog, berührt das dogmatische Gebiet; dort habe ich ebendeshalb diese Ausgleichung bereits näher nachzuweisen versucht. — Ich habe gezeigt, wie alle Erwerbarten des dominium jetzt unter Just. zugleich auch einen Erwerb der röm. possessio begründen, so dass also mit dem Erwerbe des einen notwendig auch stets das andere Eigentum, die possessio, erworben war[1], — wie die wichtigsten reformatorischen Constitutionen Justinians selbst, wie z. B. die über Umformung der Usucapion und die Aufhebung des Unterschiedes der res mancipi und nec manc. etc. sowie andere Stellen aus dessen Compilation, das Justinianische Eigentum abwechselnd mit (firmo jure etc.) „possidere“, abwechselnd mit dominium bezeichnen[2]; — wie u. a. selbst die officiellen Promulgations-

---

1) Grünhut's Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. R. d. Gegenwart VI, 1879 S. 578—581. Vgl. auch Ihering Beitr. zur L. v. Besitz in dessen Jahrbüchern Bd. 9 S. 132 ff.

2) Grünhut l. c. S. 584 Note 6, S. 591 N. 3. — Vgl. die c. un. C. 7, 31; l. 15 §. 16 u. 17 mit l. 18 §. 15 D. de damno inf. 39, 2 und die übrigen Allegate des §. 23 Note 1. Aehnlich besagt z. B. auch §. 5 J. de interd. 4, 15: adipisci „possessionem“ per quos aliquis potest, II. libro exposuimus;

patente[3]) Justinians zu den Digesten vom Jahre 553: die constitutio „tanta“ für den Occident wie die const. „δέδωκεν“ für den Orient, diese Vereinigung als eine vollendete Thatsache erkennen lassen; — wie die beiden Titel der Just. Digesten über den Eigentumserwerb: der tit. D. de a. rer. dominio 41, 1 und de a. vel. a. possessione 41, 2 sich innerlich bereits so ergänzen, dass nur beide vereint den vollen Justinianischen Eigentumserwerb, der erstere nur den Eigentumserwerb der res nec mancipi, der letztere zugleich den der res mancipi, enthält; — wie ebenso auch die übrigen Just. Rechtsbücher: Institutionen und Codex vollends diesen Eigentumserwerb des dominium und der possessio vereint darstellen[4]); wie ferner die alten (legis) actiones für das civile dominium ex j. Quir. beseitigt, für das jetzige dominium Justinians ein ganz neuer Name einer Klage: die rei-vindicatio, eingeführt erscheint, welcher früher lediglich als Gattungsbegriff für alle dinglichen Klagen verwendet wurde, und welcher, obgleich derselbe jetzt eine Klage des dominus repräsentiert, dennoch nur in dem vim dicere der interdicta der „possessio“ sowie den vindiciae, in welchen die Interdikte als Vorprozess vor der legis actio sacramento verwendet wurden, entstand; wie dieser neue Klagebegriff der reivindicatio nun neben die eigentliche actio des possessor, die Publiciana, in ähnlicher Weise als gleichbedeutender Begriff gestellt wurde[5]), wie die Digestentitel de a. dominio und posses-

---

das ganze 2te Buch der Institutionen spricht aber vom Eigentumserwerbe (oder dem, mit der possessio vereinigten dominium) etc.

3) Grünhut l. c. S. 583—4. Bes. die c. δέδωκεν c. 3 §. 7 C. 1, 17 subsumiert das ganze 41te Buch der Digesten einschliesslich des in ihm enthaltenen tit. D. de a. rerum dominio einfach unter den Begriff possessio; weil es eben im Orient kein Eigentum des dominium ex j. Quir., sondern nur ein Eigentum der possessio gab.

4) Grünhut l. c. S. 584—587; selbst direkt unter den tit. D. de a. r. „dominio“ wird eine „possessio“ nebst deren Umschreibung in bonis subsumiert; z. B. l. 21—23, 39, 40, 42, 43, 48, 52 D. 41, 1, wie auch umgekehrt das dominium sich vielfach unter die Titel de possesssione subsumiert findet, bes. im Codex, und auch der tit. J. 2, 1 vom Eigentumserwerbe grossenteils die Regeln des tit. D. de acqu. vel o. possessione 41, 2 reproduciert; v. z. B. Grünhut l. c. S. 587 N. 15 u. 14, S. 585 N. 8.

5) Vgl. §. 18, Note 31 a. Ende u. Grünhut l. c. S. 587—590. Wie schon bemerkt, wird die Publiciana, die frühere actio des possessor, unter Just. sogar selbst auch als eine Klage zur Erlangung des dominium bezeichnet. l. 1 §. 2 D. 6, 2. Vgl. noch §. 11, Note 25 oben.

sione (41, 1 und 41, 2), trotz äusserer Trennung, von Just. geeinigte Doppelrechte enthalten; — endlich wie unzählige Einzelstellen diese Identität von dominium und possessio ergeben [6]).

Nur in nachstehendem zeigt sich ein einziger Unterschied zwischen dominium und possessio. Infolge einer praktischen Verkettung von Umständen, somit aus mehr zufälligen, äusseren Gründen, musste der Sprachgebrauch nach Just. das dominium vorwiegend als das justa causa erworbene Eigentum [7]) bezeichnen, die possessio dagegen mehr nur als das, auf den Titel des factum allein sich gründende relat. Eigentum der possessio ad interdicta (possession vaut titre), so zwar, dass ich mich selbst früher zu der Anschauung hinneigte, als ob seit Justinian die possessio zugleich der Gattungsbegriff, d. i. das sowohl justa causa als ohne solche erworbene Eigentum, das dominium unter Justinian aber „nur“ die, absolut erworbene Art des Eigentums bezeichnen sollte, eine Annahme, welche ich indes jetzt auf eine gütige Anregung Bekkers und deshalb kaum mehr aufrecht zu halten vermag, weil sich uns unten sofort die Gründe ergeben dürften, zufolge deren das dominium auch unter Just. noch hie und da ein, nicht absolut erworbenes, Eigentum bezeichnen konnte.

Dass nämlich vor Just. das eine Eigentum eines ganzen Rechtssystemes und eines einzelnen Volksstammes, wie das dominium der cives, geschichtlich ausschliesslich nur als ein absolutes Eigentum auftreten sollte, ist ein Ding logischer Unmöglichkeit. Es erschiene deshalb auch an sich unglaublich, wie ganze Jahrhunderte der Neuzeit in Deutschland, — seit dem Nahen der Reception des röm. Rechts, somit seit Ende des Mittelalters, durch das Vorwiegen des rechtmässigen Eigentumsbegriffs des Just. dominium verleitet, — an der logisch unmöglichen Anschauung festhalten konnten, als ob das moderne Eigentum wie das röm. civile dominium vor Just. nicht, wie jedes andere absolute Recht, neben seinem zweifellos absolut erscheinenden Auftreten zugleich auch (§. 3 a. E.) ein relatives Eigentum gewesen sein musste,

6) Grünhut l. c. S. 591 f.

7) Ob z. B. etwa auch l. 13 §. 1 D. 6, 2? eine Stelle freilich aus Gajus zum „Provincialedikte“, welche vor Just. einen ganz andern Sinn hatte, als nach diesem; denn die Publiciana war eine Fiktion gegenüber dem vorjust. dominus ex j. Quirit.

wenn nicht nach Justinian zufällig folgende geschichtliche Umstände allerdings zu dieser Annahme hätten verleiten können:

1) Schon von jeher war in Rom das „civile" dominium an res „nec mancipi" wenigstens nur ein, ex justa causa[8]), nicht, wie das Eigentum des jus gentium, ein, schon ohne justa causa erworbenes Eigentum. Es konnte also ein civiles dominium ohne justa causa vor Just. schon regelmässig nur bei res „mancipi" eintreten welche in der That durch ihre civilen Erwerbarten der mancipatio, in jure cessio, usucapio ganz ohne justa causa zu dominium ex j. Quir. erworben werden konnten. — Nun kam aber nach Just. noch der Umstand hinzu, dass auch diese civilen Eigentumserwerbarten, welche bisher das dominium ohne justa causa erwarben, teils, wie die mancipatio, in Folge der Möglichkeit einer nunmehrigen Tradition der res mancipi, mehr oder weniger von selbst ausser Übung gekommen sein werden, teils, wie die civile usucapio[9]), mit der longi temporis praescriptio der Provinz transformiert wurden und nun gleichfalls eine justa causa erforderten. Seitdem wurde somit das, was früher dominium hiess, wohl zumeist nur mehr mittels justa causa erworben. Schon dadurch allein konnte die irrtümliche Idee entstehen, dass das röm. dominium von jeher nur ein, mittels justa causa erwerbbares Eigentum gewesen, ja dass selbst auch unser modernes Eigentum nur ein solches sein müsse.

2) In dieser Meinung musste die nachrömische Zeit noch dadurch bestärkt werden, dass überdies Justinian in historisch missverstandener Weise[10]) auch nach der Vereinigung des röm.

---

8) Oben §. 22 Note 6

9) Dass die alte usus-auctoritas der XII Tafeln nicht direct eine justa causa voraussetzte, ergibt Gajus II §. 52—59; wohl aber musste der usus, d. i. die possessio bei dieser usus-auctoritas oder usu-capio, wie es scheint (vgl. Gajus II §. 50: sine vitio furti) frei von vitia possessionis (vi, clam u. precario) sein; nur werden diese vitia im jus civile unter anderem Namen erwähnt, z. B. bei Gajus II §. 45, 49, 50: in dem Verbote der Usucapion der res vi possessae und furtivae; denn l. 6 D. 41, 2: clam possidere eum dicimus, qui furtive ingressus est possessionem. Gajus erwähnt zwar auch das Erfordernis von bona fides, allein dies scheint identisch erachtet worden zu sein mit Fehlerfreiheit. (Freilich sind auch die justae causae nichts, als eine positive Fassung der Fehlerfreiheit oder der bona fides; s. mein Besitzrecht 1880 S. 68 ff.).

10) Vgl. mein „heutiges Besitzrecht 1880 S. 70 f. 82 ff. Grünhut's Zeitschr. Bd. VI S. 574 ff., und oben §. 18; einzelne besondere Anwen-

duplex dominium noch den röm. doppelten Eigentumsprozess des früheren doppelten Eigentums beibehielt, welcher materielle wie prozessuale Besonderheiten aufwies, und bei welchem der Ausdruck possessio regelmässig für das nur interimistische und relative Eigentum zur Anwendung kommen musste. — Dieser doppelte röm. Eigentumsprozess nämlich trat, wie in §. 18 bemerkt, ein: anfänglich vor dem 6. Jahrhunderte der Stadt in der legis actio (legitimum judicium) für das civile „dominium" ex jure Quirit. gegenüber dem interdictum der possessio mit justa und ohne justa causa; sodann seit der actio Publiciana überdies auch für die possessio selbst, indem nun auch für das Eigentum der „possessio" ein doppelter Eigentumsprozess zugelassen wurde, nämlich für die possessio ex justa causa: das Publicianum judicium, für die possessio schlechthin: das Interdikt. — Der praktische Gegensatz somit, welcher sich in dem doppelten röm. Eigentumsprozesse abspiegelte, bestand seit dem Dasein der actio Publiciana darin, dass sowohl für das civile dominium ex jure Quirit., gleichviel ob es mittels „justa causa" oder ohne solche erworben ward, als für die possessio, für diese jedoch nur, wenn sie „justa causa" erworben war, ein judicium oder eine actio in rem, welche die Römer mit dem technischen Begriffe einer petitio[11]) belegen, gewährt wurde, während das interdictum zumeist nur bei einer blossen possessio ohne justa causa eintrat. Daraus entwickelte sich bei uns wieder der Irrtum, als ob das Recht der petitio materiell ein anderes sei, als das des interdictum; als ob in ersterer nur absolutes Eigentum, in letzterem nur faktischer Besitz erstritten werde. In dieser Meinung, dass es sich in der petitio und der actio um ein „materiell" sich unterscheidendes Recht handelte, musste man auch noch dadurch wenigstens bestärkt werden, dass auch formell das „Prozessverfahren" des Interdiktes von jeher ein anderes war, als das der petitio; denn ich habe bereits früher (§. 18) gezeigt, dass das Interdikt ursprünglich nur zur Verhandlung in jure vor dem

---

dungen: §. 18 Note 24, 25, 27, 18a; legislativ oben §. 4 zu Note 8. — Dass damit auf beiden Seiten nichts, als das Eigentum erstritten werden wollte, ergibt bes. Gajus IV §. 148 u. §. 4 J. 4, 15: cum ab utraque parte de proprietate alic. rei controversia sit et ante quaeritur etc.; Ulp. l. 1 § 3 D. 43, 17 besagt, quotiens est „proprietatis controversia" greife das interd. uti poss. Platz etc.

11) Vgl. §. 18 Note 31.

magistratus, nicht zu einem judicium führte; später, zur Zeit des Cicero, waren die Interdikte zwar gleichfalls mit einem judicium ausgestattet, nämlich mit der interdicti actio; aber auch dieses judicium unterschieden die Römer noch immer von dem judicium oder der petitio des dominium und der Publiciana, indem sie dieses interdicti judicium wegen dessen Einleitung mit einer sponsio allen Anzeichen nach nur als eine (persönliche) actio ex sponsione charakterisierten, obgleich sie anerkannten, dass die Interdikte in rem concipiert seien [12]).

Unter diesen Umständen also, namentlich, weil der, schon prozessual von dem Prozesse der petitio unterschiedene Interdiktenprozess materiell zumeist nicht ein Eigentum ex justa causa schützte, während umgekehrt die petitio der Publiciana von jeher nur ein Eigentum der possessio ex justa causa schützte, und endlich auch die petitio des dominus in der reivindicatio seit Justinian neuerdings aus einem gleichen Grunde [12a]), wie unter 1, nur ein, justa causa erworbenes dominium schützen musste, musste nun um so leichter die Täuschung Raum gewinnen können, als ob die, mit dem Interdikte geschützte possessio eiu materieller Gegensatz zu der petitio sei: der Irrtum, dass die interdicta dazu bestimmt seien, alles nicht justa causa erworbenes Recht oder einen vermeintlichen Besitz, die petitio der reivindicatio des „dominus" aber dazu, das justa causa erworbene und absolute Eigentum zu schützen.

Nichtsdestoweniger war in Wirklichkeit allerdings auch selbst das „dominium" der petitio von jeher — vor wie nach Justinian — sowohl ein, justa causa erworbenes, nicht evincibles Eigentum, als auch ein bloss relatives, evincibles und daher zugleich ein: dominium injustum. — Dies beweisen:

1) Direkte Bezeichnungen [13]); — z. B. die direkte Bezeich-

---

12) §. 18 II. mit N. 22a u. 38. – Ulp. l. 1 §. 3 D. de interd. 43, 1: Interdicta, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt.

12a) Unter Justinian findet sich nämlich — in der l. 31 pr. D. de a. dom. 41, 1 — die, früher nur für res nec mancipi gegebene Vorschrift, dass der Erwerb des dominium nur justa causa eintreten soll, jetzt auf allen Erwerb des dominium (und so auch auf res mancipi) ausgedehnt.

13) Livius IV, 53: si „injusti domini" possessione agri publici cederent. — Eine bonae fidei dominium (analog der bonae fidei possessio) und ein dominus „inquietatus" wird erwähnt c. 1 C. de praescr. 7, 33; —

nung „injustus dominus“ bei Livius; das „bonae fidei dominium“ des Just. Codex; die Bezeichnung des Publicianischen Eigentums (welches geschichtlich sowohl eine absolute possessio als ein blosses bonae fidei Eigentum des jus gentium und civile sein konnte; letzteres z. B. bei dem Erwerbe einer „fremden“ Sache durch civiles Legat, Schenkung etc.) abwechselnd mit possessio und mit dominium in den Just. Digesten, so dass also dieses blosse bonae fidei dominium möglicherweise auch ein injustum sein konnte, — und sonstige unzweifelhafte Aeusserungen.

2) Dasselbe beweist der alte civile Eigentumsprocess vor Just. über das dominium ex j. Quirit. in der legis actio und dem legitimum judicium, welcher sich von seite des dominus ex j. Quir. nur wieder gegen den „dominus“ ex j. Quir., nie gegen den possessor (in bonis) als solchen richten konnte [14]; denn wenn zwei domini um das Eigentum klagen, so musste einer dieser beiden notwendig mit dominus bezeichnet worden sein, obgleich er dominus injustus war.

3) Dasselbe beweist auch das Dasein der Publiciana überhaupt; auch diese actio des possessor wurde im 6. Jahrhunderte der Stadt geschaffen als actio des possessor „gegen den dominus ex jure Quiritium“, so dass also dieser dominus vor Justinian schon, wenigstens bezüglich des Eigentums nach jus gentium, (d. i. eben der possessio, dem in bonis), unterliegen [15]) und wenigstens

---

ein dominium Publicianum (somit des b. f. possessor) in l. 1 §. 2 D. de Public. 6, 2; vgl. Note 15; — ein dominium, welches erst einer Ersitzung bedarf und daher gleichfalls nur bonae fidei sowie damit unrechtmässiges Eigentum sein kann, erwähnt Justinian in seiner Interpolation der l. 15 §. 16 u. 17 D. de damn. inf. 39, 2; (z. B. der Prätor hat IIdo decreto einem Dritten ein Eigentum zugeschlagen, welches von dem Vorbesitzer nur vi, clam oder precario ausgeübt wurde v. oben §. 3 N. 56a); — eine exceptio justi dominii in l. 16 D. 6, 2 u. l. 57 D. 17, 1; diese setzt notwendig da, wo sie nicht Platz greift oder wo sie durch eine replica beseitigt wird, z. B. in l. 28 D. 9, 4, einen beklagten injustus dominus voraus.

14) Vgl. oben zu §. 18 Note 18; die alte legis actio ging nicht, — wie die, seit Just. zu einer speciellen species actionis des dominus umgeschaffene reivindicatio nach l. 9 D. R. V. 6, 1 — auch gegen den sog. Detentor, sondern nur gegen den dominus: §. 1 in f. mit §. 2 J. de act. 4, 6: quam-possessor (derjenige, welcher wegen fakt. Ausübung des Eigentums verklagt ist) dominum se esse dicat.

15) Vgl. §. 19 Text zu N. 11. Die Publiciana setzt voraus, dass

das, vom Beklagten prätendierte dominium plenum ein injustum sein konnte. Dass nun aber auch unter Just. noch der Begriff dominium dem Begriffe possessio überhaupt auch bezüglich der Relativität, völlig gleichgestellt geblieben ist, d. i. dass auch im Just. Rechte noch der dominus überhaupt ein injustus dominus sein konnte, wie der possessor ein injustus possessor, beweist eben die Erwähnung der mehrfachen Fälle noch im corpus juris, in welchen der possessor als Eigentümer zur Zeit Justinians noch über den dominus obsiegt [16]).

4) Endlich übersehen die Neueren überhaupt, dass selbst auch ihre — wie jede — „justa causa" und daher auch ihr Begriff „dominium" nur ein relatives, möglicherweise nicht obsiegendes oder absolutes Recht sein muss; weil ja doch niemand weiss, ob das, allerdings von ihm ex justa causa erworbene Eigentum auch von dem rechtmässigen Eigentümer an ihn veräussert und deshalb ihm nicht evinciert wird, d. i. nicht „dominium injustum" ist.

Auf diese Weise ergibt sich folgendes. Wie vor Just. etwa ein quiritischer Dieb einem dritten Quiriten die unrechtmässig erworbene Sache zu blossem dominium injustum oder bonae fidei

---

der Kläger zuvor entweder durch traditio ex justa causa (l. 1 §. 2 D. 6, 2) die possessio des jus gentium — oder ohne solche, durch civile Rechtsgeschäfte (l. 1 §. 2, l. 2, l. 12 §. 1 eod.) die civilis possessio erlangt, dieselbe als dann wieder verloren hat (amissa possessione; oben §. 19 N. 16), und dass der dominus ex j. Quir. nun amissa possessione sich weigert, die Sache an ihn wieder zu tradieren: quod traditur ex justa causa non a domino (Ediktsstelle oben §. 19 N. 11). — Dasselbe ergibt auch indireckt die schon erwähnte Thatsache, dass der praetor eine exceptio justi dominii verleihen konnte. Vgl. N. 13; i. e. wo diese exceptio nicht Platz griff, unterlag der dominus.

16) Es sind dies die, zum Teil bereits von Azo, summa l. IV de act. Rubr. 13, Grünhuts Zeitschr. VI S. 570 N. 2 zusammengestellten Fälle; z. B. l. 28 mit l. 27 §. 1 D. 9, 4 — l. 24 D. 44, 2; — l. 2 D. 21, 3; — l. 18 §. 15, (l. 15 §. 16 u. 17) D. 39, 2; l. 63 D. 6, 1 — c. 2 C. 4, 19 — §. 4 mit §. 1 in fine J. 4, 6 — l. 31 D. 4, 6. Selbstverständlich ist auch hier zu unterscheiden, dass in diesen Fällen nicht der faktische Besitzer in unserm heutigen Sinne, sondern der „possessor" im jurist. Sinne der Römer über den dominus obsiegt; vgl. §. 19, 16. Diese Verwechslung und überdies der, in § 3 Z. 10 (S. 67) widerlegte Einwand dürfte auch hier Brinz (krit. Viertelj. Schr. 23 S. 428 Z. 6 in der Recension meines Besitzrs.) zur Verkennung der angef. Stellen geführt haben.

mancipieren oder nach Justinian noch durch die fortbestehende [17]) in jure cessio in jure cedieren konnte, ganz ebenso konnte auch nach Justinian jemand vor einem „non“ dominus bewusst oder unbewusst ex justa causa unrechtmässiges Eigentum erwerben, und konnte überhaupt auch nach der Vereinigung von dominium und possessio (in bonis) das Just. relative Eigentum abwechselnd, wie mit possessio, so noch mit dominium injustum oder bonae fidei bezeichnet werden, wie es nach obigen Beispielen in der That der Fall war. Daraus folgt, dass auch in Bezug auf Relativität der Eigentumsbegriff dominium von dem Eigentumsbegriffe possessio seit Just. sich nicht unterscheidet, wenn auch die oben angegebenen äusseren Gründe allerdings ergeben, dass das dominium weit häufiger das absolute, die possessio umgekehrt häufiger das relative Eigentum bezeichnet haben musste.

Ueberhaupt ergibt sich dass das dominium aus der Zeit Justinians nicht mehr das alte, mittels mancipatio und in j. cessio erworbene dominium ex j. Quirit. ist, sondern nur mehr die vorjustinianische „possessio“, auf welche jetzt der Name dominium aufgeklebt ist.

---

17) oben § 22 am Ende mit Note 28.

Verbesserungen.

Vorwort S. III Zeile 16 von oben ist noch zu allegieren: Meine Rechtsreform bes. Seite 110ff. — Text S. 43, Z. 6 und S. 45 Z. 27 von oben lies: Gracchischen und Gracchen — S. 60 Z. 24: interdicta statt interdictam. — S. 65, Z. 18 u. 19: Herrschaft gegenüber einzelnen, gar nicht oder doch weniger Berichtigten — S. 92 Z. 4 lies emphyteuticarius.

Begriffe und Wörtererklärungen.

(Zahlen ohne Beisatz bezeichnen die §§; S. bezeichnet die Seiten; n. sowohl die Noten als die dazubezüglichen Stellen des Textes; Z die Ziffer innerhalb der §§).

Actio adipiscendae, retinendae u. recuperandae possessionis 19 n. 17, §. 11 n. 18; — actio bezeichnet ein judicium 18 n. 10 f.

Aebutia lex, Alter 18 n. 19 — materielle Reformen der l. Aeb. 19.

Ager bezeichnet quiritische Grundstücke 5 n. 4; —

Ager publicus im allg. 3 Z. 2; 5e; 10 Z, 9; 20; — dessen possessio ist Eigentum 20 n. 5 u. 12.

Ältere possessio, Titel ders. 3 n. 61.

Alienare bez. eine civile Veräusserung 5 n. 5.

Altius tollendi jus 10 Z. 2.

Animus domini 3 n. 13; §. 21 a. E.

Ansiedlung (sedes), Entstehung der possessio aus ders. 3 Z. 2,

Apprehensio, Begriff des j. gent. 16 n. 28.

Besitz heutiger, Entstehung des Wortes 3 n. 56. — Geschichtl. Entstehung des heut. Besitzrechts 4, a — abusive u. wirkliche Bedeutung S. 69—71; — Spuren eines wirkl. Besitzes in Rom 4, b, S. 96 ff. — faktischer Besitz 3 Z. 7, a; §. 16 S. 194 — abgeleiteter Besitz 3 n. 2 a. — Litteratur 4 n. 30, S. 85—87; — heut. Gesetzgebung 4 n. 28 u. 29.

Besitzübertragung (sog. heutige Tradition) 4 n 10 — legislativ 16 n. 11.

Beute gehört dem populus Romanus 15 S. 185 f.

Bonitarisches Eigentum (in bonis) ist blosse possessio 23, 3 Z. 3.

Caput, civiles 19 n. 2 u. 3; §. 22 n. 26.

Causae des Eigentumserwerbes gehören meist dem jus gent an 5 n. 9. — Causa facti 16 n. 12 u. 24. — Causa justa der possessio 3, n. 46; sie erforderte das frühere civile Eigentum nicht 24 S. 279; sie begründet nur eine Art derselben, durch factum (fakt. Ausübung) allein schon erworbenen possessio (besseres Eigentum) des j. gent. 16 S. 198 ff. — causa melior 3 n. 58 – causa der quasi-possessio 4 n. 52; §. 16 n. 24; §. 11 n. 16.

Civilis actio der quasi-possessio 11 n. 14.

Civilis possessio 11.

Commercium des jus gentium 15; comm. civile 22.

Commune jus 5, b.

Condictio possessionis 4 n. 7; §. 23 n. 6.

Confessus in jure pro judicato habetus 22, n. 27 — s. in j. cessio.

Contravindicatio 18 S. 218.

Delbrück's dingliche Klage 3 n. 61 (u. 15; § 22 n. 23).
Delicta privata u. publica 10 Z. 7.
Dextram dare 18 n. 44.
Dieb, possessio desselben 23 S. 275.
Dingliche Rechte, deren Entstehung in Rom 15.
Divinum jus, Einfluss auf das R. 13.
Dominium (ex j. Quir.) ist civiles Eigentum 22; — dominium plenum und nudum, prakt. Bed. 5 n. 20; §. 18 n. 25 b. — dominium proprietatis 3 n. 20; — quasi-dominium 3, n. 20 — dominium injustum 24 n. 13 S. 281—184. — dominium konnte nur mittels judicium zuerkannt werden, nicht vom praetor 18 n. 11.
Donatio gehört zugleich dem jus civ. an 8 n. 20.
Doppelrechte des röm. Rs. 1 S. 3—9.
Doppelter Eigentumsprocess 18 S. 217f. §. 24 S. 280.
Duplex dominium 11 n. 23 u. 24.

Eigentumsbesitz S. 35, 71—2 n. 3, 90.
Eigentum, Entstehung des Wortes 3 n. 56.
Elective Concurrenz mehrerer Rechtssysteme in Rom 1 S. 4
Emere, gleichbedeutend mit accipere 15 n. 31 — emere u. vendere sind Begriffe des j. gent. 5 n. 5.
Emphyteusis als körperliches Eigentum der possessio analog dem fundus 21 n. 9 (§. 4 n. 31).
Erweiterung der röm. poss. oder nur des bisherigen Besitzbegriffes Savigny's? S. 93.

Factum römisches 3 Z. 7 a S. 51—53; §. 16 S. 193 — ist nicht Besitz S. 194 ff. S. 51 ff. — abusive kann es selbst ein Recht bezeichnen 16 n. 30—31, §. 3 n. 42; — causa facti 16 n. 12 u. 24; — factum der quasi-possessio 16 n. 24; §. 4 n. 52.
Familia (famulia) als Vermögen 19 n. 3.
Faustpfand nach §. 14 Einf. Ges. zur d. Conc. Ord. v. 1877 4 n. 29 u. 6.
Feldgemeinschaft römische 3 Z. 1 S. 40.
Fides 18 n. 44—45 a. S. 227—231 §. 13.
Fiducia cum amico 3 S. 47.
Firmo jure possidere 5 n. 21.
Fruchterwerb nach jus gent. 3 n. 32.
Fundus, unterschieden von solum 21 n. 6—12.

Generale verbum, jus 5 Z. c.
Genossenschaft moderne 1 n. 43; §. 4 S. 78.
Gewere germanische 4 S. 80 f.

Hostis als Peregrine 6 n. 2.

In bonis 23.
In jure cessio 22.
Interdicta Rechtsmittel des jus gent. des populus u. der privati, Alter 10 Z. 5 S. 137; §. 13 S. 161; §. 18 n. 3 S. 213 f. — deren faktischer Charakterzug 16 S. 203 f. — ursprüngliches Verfahren in jure 18 n. 8 S. 214 ff. späteres judicium: interdicti actio 18 II S. 220; deren Alter 18 n. 22 — Prozess der Virginia als Interdiktsfall 18 n. 16; interd. in rem concepta, vi personalia 15 n. 7; §. 24 n. 12. — Nichtbegründung des Deliktsstandpunktes 17 n. 7.
Judicium legitimum 8 n. 5—10.
Judicia privata 10 Z. 8 S. 142; — deren Entstehung, Sage von Servius Tullius 18 S. 227.
Juristischer deutscher Besitz 3 n. 2a.
Jus gentium 12, §. 1 S. 3f. — Alter 12 n. 8.
Justa possessio 23 n. 12.

Kriterien zwischen possessio u. Besitz 4 S. 72 f.

Legis actio sacramenti 18 S. 228, 229 ff. — ob den Peregrinen zugänglich 18 n. 43.
Lex des populus bindet ursprünglich die andern Stämme Roms nicht 8; Uebergänge 8.
Lex impecta 8.

Mancipi und nec mancipi res 15 n. 17; §. 22.
Mancipium, mancipatio 5, e, 22.
Manum conserere 18 S. 229—231.
Melior causa der possessio 3 n. 58.

Naturalis possessio 14 S. 173 f.
Negativer Charakterzug des jus gent. 17.
Nuda possessio 3 n. 54, §. 5 n. 20.
Nudum dominium 5 S. 104.

Operis novi nuntiatio 10 Z. 4 §. 16 S. 204.

Pacta, bei Peregrinen klagbar 5 n. 6.
Pecunia 5 n. 13 u. 3; §. 19 n. 3,
Peregrineneigentum ist possessio 21 n. 3—5; §. 3 Z. 4.
Petitio 18 n. 31 - 34.
Petitorium und possessorium als unrömische Gegensätze 18 S. 224 ff.
Pignus ist Eigentumsübertragung nach j. gent. zum Zwecke der Verpfändung 3 n. 16. — Teilung in possessio ad usucapionem und possessio pignoris 3 n. 18.
Plenum jus und plenum dominium 5 d.
Plus juris (besseres Recht) 3 n. 57.
Populus 9. dessen Wortableitung 15 n. 20.
Possessio, deren Entstehung 3 Z. 2. — Possessio publica und privata 10 Z. 9 — p. civilis 11 S. 148 ff. — p. naturalis 14 S. 173 f. — p. als Patriciereigentum insbes. am ager publicus etc. 20 — p. als Eigentum des jus gentium und der Peregrinen (Provincialeigentum) 21 — possessio, welche proprietas und dominium mitbezeichnet 11 n. 25 — poss. justa causa 3 n. 46 — poss. justa 23 n. 12 — poss. nuda 3 n. 54, §. 5 n. 20 — possessio injusta 3 S. 64—66; §. 23 Z. 2 S. 272—276 — poss. ad usucapionem 3 n. 18 — possessor kann über den dominus obsiegen 24 n. 15 u. 16; §. 19 S. 237.
Possessorium ist lediglich röm. technicher Begriff für das interdict. des bonorum emptor 18 n. 30. — possessorium und petitorium sind unrömische Gegensätze 18 S. 224 ff. — Possessorium nach dem petit. zulässig 18 n. 27, 28.
Pract. Bedürfniss nach e. d. Besitzr. 4 S. 75 f. Vorw. S. X ff.
Praetorische possessio 22 n. 25; §. 3 n. 27. — Der praetor konnte nur Eigentum der possessio zuerkennen, nicht dominium 22 n. 25.
Princip der persönlichen Rechte gegenüber d. territorialen 2.
Precarium ist widerrufliche Eigentumsüberlassung nach jus gentium 3 Z. 5 S. 47.
Privati 9—10 — privata sacra 6 n. 14; §. 13 — sieh judicia privata.
Privilegia 9 n. 9; §. 6 n. 14.
Proprietas bezeichnet sowohl dominium als possessio 3 n. 52—54; §. 22 n. 22 — proprietas possessionis, usucapio proprietatis eod. — proprietatis dominus 3 n. 20.
Proprium jus 5 a; pr. jus civitatum 6, 7 ff.
Provincialeigentum ist possessio 21; 3 Z. 4.
Publiciana als actio der possessio, nicht des Besitzes 19 S. 237 ff. — sieh unus casus — Alter 18 n. 20a — Ediktsstelle 19 n. 11 — formula 19 n. 6 u. S. 237.

Quasi-dominium 3 n. 20.
Quasi-factum 16, n. 24.
Quasi-possessio, causa derselben 16 n. 24; §. 4 n. 52 — §. 11 n. 16 — deren civilis actio 11 n. 14.
Quirites als Lanzenmänner 15 n. 20.

Recht der Wissenschaft Puchta's 14 n 11.
Relatives Eigentum im Allg. u. der possessio 3 Z. 9a S. 63 ff.
Res 5 n. 13 — res ipsa, nicht bloss deren usus ist späterhin Inhalt der röm. possessio 15 n. 28a; §. 19 n. 10; §. 20 n. 13–16 §. 21 (n 6—10) n. 12—14.
Rescissoria actio 19 n. 9.
Res repetere 15 n. 4.

Sacra pricata 6 n. 14; §. 13.
Sanctio 8.
Sanctum jus 13.
Savignys Besitztheorie 4 S. 89–92; 3 S. 36—8 — dessen Eigentumsanerkenntnisse der possessio 3 n. 45.
Schätzung der possessio 21 n. 12.
Schenkung erfordert zur Eigentumsübertragung der possessio und des dominium nicht traditio 11 n. 21 u. 22.
Sequester: Eigentumsüberlassung n. j. gent. auf die Dauer des Prozesses 3 Z. 5 S. 48.
Servitus, Entstehung ders. 15 S. 184 — ist ein R. des jus gent. 15 n. 9.
Sollicitudinis finis, Cicero's Bezeichnung für das jus civ. u. die usucapio 11 S. 147; §. 16 n. 29.
Stammesrechte in Rom 1 S. 4 f.; §. 6, 9—11.
Status dies cum hoste (Peregrinen) 13 n. 12; §. 1 n. 27.

Territorium 5, e n. 27–30 a.
Testamentifactio 1 n. 16 — test. publica u. priv. 10 Z. 6.
Titulus sieh causa.
v. Thüngen'scher Process 1 n. 43.
Traditio 3 Z. 7a; §. 16 — tr. ist Erwerbtitel des j. gent. 16 n. 28 — ob die traditio ein Vertrag nach Savigny? 3 n. 23; §. 16 n. 5 — legislativ 16 n. 11.

Unterschiede von possessio u. proprietas 3 n. 43 mit §. 22 S. 264, §. 3 S. 59, 61 f. – Vermeintliche Unterschiede zwischen dominium u. poss. 24.
Unus casus 4 n. 14—16; §. 3 n. 49; §. 18 n. 21.
Ureigentum d. vergleichenden Rechtsgeschichte 3 S. 38 f.
Usus 20; 19 S. 236. §. 16.
Usucapio als Erwerb des besseren u. civilen Eigentumes durch den Eigentümer nach j. gent. etc. 3 n. 56 a. — erforderte keine justa causa 24 n. 9.

Vendere s. emere.
Vindiciae 18. S. 231.
Vindicatio 18 n. 31; §. 24 n. 5.
Vis bei Einleitung der Interdicte 18 n. 40 — Delikt für privati und populus 10 Z. 7 S. 141 — Schutz der possessio gegen vis 17 S. 210 ff.
Vitia possessionis im jus civile 24 n. 9.
Volksabstammung Einfluss auf die Rechtsbildung 2, 6, 7.

Zahlung des Kaufpreisses als Voraussetzung des Eigentumsüberganges 16 n. 16.

Im Verlage von **A. Deichert** in **Erlangen** ist ferner erschienen:

Alexander-Katz, Dr. Paul, Schriftsätze und Anwaltszwang. gr. 8. 1883. (73 S.) 1 Mk. 60 Pf.

Bechmann. Prof. Dr. A., der Kauf nach gemeinem Recht. I. Teil: Geschichte des Kaufs im römischen Recht. gr. 8. 1876. (XI. u. 691 S.) 12 Mk.

— —, — —, II. Teil I. Abtheilung: System des Kaufs nach gemeinem Recht. gr. 8. 1884. (XII u. 569) 10 Mk.

Brinz, Prof. Dr. A., Lehrbuch der Pandekten. I. Bd. 2. Aufl. gr. 8. 1876. (VII u 826 S.) 12 Mk.

— —, — —, II. Bd. 1 Abth. 2 Aufl. gr. 8. 1879. (III u. 466 S.) 8 Mk.

— —, — —, II. Bd. 2 Abth. 2 Aufl. gr. 8. 1882. (IV u. 416 S.) 8 Mk.

Bueche, Dr. R., das gesetzliche Zinsmaximum beim foenus nauticum nach l. 26 Cod. de usuris 4,32. gr. 8. (45 S.) 1 Mk.

Cossa-Eheberg, Grundriss der Finanzwissenschaft. Nach der dritten Auflage der Elementi di Scienza delle Finanze. 8. (XI u. 169) 2 Mk. 60 Pf.

Gengler. Prof. Dr. H. G., Germanische Rechtsdenkmäler. Leges Capitularia, Formulae. gr. 8. 1875. (XLIX u. 778 S.) 12 Mk.

Hoelder, Prof. Dr. E., Entwicklungsformen des römischen Privatrechts. gr. 8. 1880. 40 Pf.

— —, Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts. gr. 8. 1881. (VIII u. 163 S.) 3 Mk. 50 Pf.

Lueder, Prof. Dr. C., Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht. Mit einer dem System sich anschliessenden Wiedergabe des Strafgesetzbuches für das deutsche Reich. 2. erweiterte und verbesserte Aufl. gr. 8. 1877. (X u. 145 S.) 3 Mk.

Meyer, Prof Dr. H., Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 3 Aufl. gr. 8. 1882. (XVIII u. 734) 12 Mk.

Puntschart, Prof. Dr. V., die Entwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts der Römer. Auf Grund von Forschungen dargestellt für Juristen, Philologen und Historiker. gr. 8. 1872. (XVI 542 S.) 8 Mk.

Schelling, Prof. Dr. P. H. Jos., Lehrbuch des deutschen Civilprozesses (XX u. 530 S.) 10 Mk.

v. Scheurl. Prof. Dr., Lehrbuch der Institutionen. 8. Aufl. gr. 8. 1883. (XVI u. 432 S.) 6 Mk.

— —, Weitere Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts. 1 Heft. Teilbarkeit als Eigenschaft von Rechten. 1884. gr. 8. (118 S.) 2 Mk.

Seitz, Dr. Karl Joseph, Untersuchungen über die heutige Schmerzengeldklage. Nebst allgemeinen Erörterungen über die Methode des einheimischen Civilrechts. 1860. gr. 8. (XVIII u. 218 S.) 2 Mk. 80 Pf.

— —, Das praktische Bedürfniss der Rechtsreform gegenüber der historischen Schule. gr. 8. 1865. (VI u. 163 S.) 2 Mk.

Tinsch, Dr. H., die Staatsanwaltschaft im deutschen Reichsprozessrecht. 1883. gr. 8. (VI u. 206 S.) 3 Mk.

Übersichtstafeln zur Repetition des römischen und Pandektenrechts. 1883. 4. (73 S.) 2 Mk.

Werner, Dr. J., das Recht des Arrestes im Civilprozesse (unter besonderer Berücksichtigung des bayerischen Immobiliararrestes) systematisch dargestellt. 1884. 8. (IV u. 40 S.) 1 Mk.

A. BOSER
Buchbinder,
MÜNCHEN

Seitz, Karl Joseph,

Grundlagen einer Geschichte der röm. possessio die Rechtsverschiedenheit
im antiken Rom und die Entfaltung des doppelten römischen Eigentumes:
possessio neben dominium, aus den verschiedenen positiven Rechtssystemen
vor Justinian

Erlangen 1884

J.rom.m. 468 df
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11637872-1